CONSTITUCIÓN Y JUSTICIA

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

XII

2010/A

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

www.tsjbaires.gov.ar @TSJBaires tsjbaires

CONSTITUCIÓN Y JUSTICIA

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

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, 2019. (vol. XII – 2010/A)
Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-987-46946-1-4 (Obra completa)
ISBN 978-987-794-010-7

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

Compilación anónima

ISBN 978-987-794-010-7

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. Casás, José O.

Secretario Judicial Interino en Asuntos Originarios

Dr. Saavedra, Heriberto V.

(hasta el 22 de marzo de 2010)

Secretario Judicial en Asuntos Originarios

Dr. Saavedra, Heriberto V.

(desde el 23 de marzo de 2010)

Secretario Judicial
en Asuntos Contencioso-Administrativos y Tributarios

Dr. Said, José Luis

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

Dr. Said, José Luis

(hasta el 17 de agosto de 2010)

Secretario Judicial en Asuntos Penales,
Contravencionales y de Faltas

Dr. Mandalunis, José Luis

(desde el 18 de agosto de 2010)

Secretario Judicial en Asuntos Generales

Dr. Perrone, José María

CONSTITUCIÓN y JUSTICIA

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

XII

2010/A

ÍNDICE

FALLOS

I *"Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Oniszczuk, Carlos Alberto s/inf. art. 116, CC'"* 3

Expte. SAPCyF nº 6890/09 - 1º/2/2010 4

II *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Banex S.A. c/GCBA s/impugnación actos administrativos'"* 7

Expte. SACAyT nº 6700/09 - 3/2/2010 7

III *"Peluffo, Horacio Raúl c/GCBA s/recurso de inconstitucionalidad concedido en: 'Peluffo, Horacio Raúl c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'" y su acumulado expte. nº 6705/09 "Peluffo, Horacio Raúl s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Peluffo, Horacio Raúl c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'"* . . . 14

Expte. SACAyT nº 6713/09 - 5/2/2010 15

IV *"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.'"* 23

Expte. SACAyT nº 6726/09 - 5/2/2010 24

V *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Amaya, Marta Beatriz y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'"*. 27

Expte. SACAyT nº 6477/09 - 5/2/2010 28

VI *"Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Toledo, Cristian Maximiliano s/infr. art(s). 189 bis, portación de arma de fuego de uso civil —C.P.'"* 31

Expte. SAPCyF nº 6534/09 - 5/2/2010 32

VII *"Alimentos Tropicales Argentinos S.A. s/queja por recurso de inconstituionalidad denegado en: 'Alimentos Tropicales Argentinos s/infr. art(s). 2.2.14, sanción genérica —ley 451'"* 35

Expte. SAPCyF nº 6712/09 - 5/2/2010 36

VIII *"Poder Legislativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/conflicto de poderes"*. 44

Expte. SAO nº 7046/10 - 5/2/2010. 44

IX *"Poder Ejecutivo de la Ciudad de Buenos Aires c/Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires s/conflicto de poderes"* . . . 48

Expte. SAO nº 6836/09 - 5/2/2010. 49

X *"Domínguez, Luis María s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Domínguez, Luis María c/GCBA (Hospital General de Agudos Enrique Tornú) y otros s/daños y perjuicios'"* 53

Expte. SACAyT nº 6585/09 - 10/2/2010 54

XI *"Alcino, Valeria Fabiana c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia"* 61

Expte. SAO nº 7008/10 - 10/2/2010. 62

XII *"Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido"* 64

Expte. SACAyT nº 6719/09 - 12/2/2010 65

XIII *"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: 'Ybarra, Luis Antonio s/infr. art(s). 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC'"* 69

Expte. SAPCyF nº 6903/09 - 12/2/2010 70

XIV *"Empresa Distribuidora y Comercializadora Norte S.A. s/queja por recurso de apelación denegado en: 'Empresa Distribuidora y Comercializadora Norte S.A. s/infr. art(s). 4.1.1.2, habilitación en infracción —ley 451'"* 74

Expte. SAPCyF nº 6731/09 - 2/3/2010 75

XV *"Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Fernández, Juan Manuel s/infracción art. 181, inc. 1º, C.P., usurpación (despojo)'"* 77

Expte. SAPCyF nº 7041/10 - 2/3/2010 78

XVI *"Marini, Ricardo Fabio s/queja por retardo, privación o denegación de justicia en: 'Marini, Ricardo Fabio c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'"*. 80

Expte. SAO nº 7069/10 - 2/3/2010. 80

XVII *"García, Miriam s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'García, Miriam c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'"*. 82

Expte. SACAyT nº 6500/09 - 10/3/2010 82

XVIII *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Gadea, Juan Carlos y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'"*. 85

Expte. SACAyT nº 6581/09 - 10/3/2010 86

XIX *"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.'"* 89

Expte. SACAyT nº 6761/09 - 10/3/2010 90

XX *"Metrovías S.A. s/recurso de inconstitucionalidad concedido en: 'Metrovías S.A. c/Ente Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad de Buenos Aires s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'"* 95

Expte. SACAyT nº 6748/09 - 10/3/2010 96

XXI *"Corso, Teresa Rafaela s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Corso, Teresa Rafaela c/GCBA s/revisión cesantías o exoneraciones de emp. púb.'"*. 98

Expte. SACAyT nº 6758/09 - 10/3/2010 100

XXII *"García Prieto, Horacio y otros s/queja por recurso de apelación ord. denegado en: 'GCBA c/Nextel Communications Argentina S.A. s/ejecución fiscal ing. brutos —Convenio Multilateral'"*. 105

Expte. SACAyT nº 6221/08 - 10/3/2010 106

XXIII *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Bingos Platenses S.A. c/GCBA y otros s/impugnación actos administrativos'"* 112

Expte. SACAyT nº 6720/09 - 10/3/2010 115

XXIV *"Mantelectric ICISA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Mantelectric ICISA c/Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad de Buenos Aires s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'"* 130

Expte. SACAyT nº 6588/09 - 10/3/2010 133

XXV *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Brassart, Urbana c/GCBA s/daños y perjuicios'"* 153

Expte. SACAyT nº 6601/09 - 10/3/2010 154

XXVI *"De Paoli, Silvia s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'De Paoli, Silvia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'"*. 160

Expte. SACAyT nº 6737/09 - 10/3/2010 161

XXVII *"Liskowicz, Liliana Inés c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"*. 167

Expte. SACAyT nº 6859/09 - 10/3/2010 169

XXVIII *"Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Lilljedahl, Jan s/infr. art(s). 149 bis —amenazas— C.P. (p/ley 2303)'"* 178

Expte. SAPCyF nº 6853/09 - 10/3/2010 178

XXIX *"Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Páez, Verónica de las Nieves s/inf. art. 81, CC, oferta y demanda de sexo en espacios públicos'"* 180

Expte. SAPCyF nº 6747/09 - 10/3/2010 181

XXX *"Aguas y Saneamientos Argentinos S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Recurso de queja en autos Zubdesa S.A. s/infr. art. 2.1.15 —ley 451'"* 188

Expte. SAPCyF nº 6786/09 - 10/3/2010 188

XXXI *"Confederación CORDIC c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"* 192

Expte. SAO nº 6863/09 - 10/3/2010. 193

XXXII *"Parrilli s/recurso"* 199

Expte. SAO nº 7073/10 - 10/3/2010. 199

XXXIII *"Luna, Luis Miguel c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"*. 200

Expte. SACAyT nº 6499/09 - 12/3/2010 200

XXXIV *"Ministerio Público —Asesoría Tutelar de Primera Instancia con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por retardo, privación o denegación de justicia en: 'Legajo formado en autos Martiarena, Mabel Alejandra y otros s/infr. art(s). 181, inc. 1º, usurpación (despojo) —C.P. (p/ley 2303)'"* 204

Expte. SAPCyF nº 7101/10 - 12/3/2010 204

XXXV *"Zdanevicius, Luisa Laimute s/recurso de inconstitucionalidad concedido"* 206

Expte. SACAyT nº 6749/09 - 17/3/2010 206

XXXVI *"Siciliano, María Angélica c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"*. 209

Expte. SACAyT nº 6832/09 - 17/3/2010 210

XXXVII *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'D'Alosio, Víctor c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'"* 211

Expte. SACAyT nº 6586/09 - 17/3/2010 212

XXXVIII *"GCBA c/Telred Sudamericana S.A. s/ej. fisc. —otros— s/recurso de inconstitucionalidad concedido"*. 217

Expte. SACAyT nº 6729/09 - 17/3/2010 218

XXXIX *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Bonicelli, María Vanesa c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)'"* 226

Expte. SACAyT nº 6583/09 - 17/3/2010 227

XL *"Morelli, Jorge Luis c/GCBA s/revisión cesantías o exoneraciones de emp. públ. s/recurso de inconstitucionalidad concedido"*. 240

Expte. SACAyT nº 6753/09 - 17/3/2010 243

XLI *"Compañía Sudamericana de Gas Sociedad de Responsabilidad Limitada (Cosugas S.R.L.) s/SAC —otros— recurso extraordinario federal en: 'Compañía Sudamericana de Gas S.R.L. s/infr. art(s.) 2.1.15, zanjas y pozos en la vía pública —ley 451'"* 258

Expte. SAPCyF nº 7001/09 - 17/3/2010 258

XLII *"Cinco Eme S.R.L. s/SAC —otros— queja por recurso de apelación denegado en: 'Responsable Cinco Eme S.R.L. s/infr. art(s). 4.1.1.2, habilitación en infracción —ley 451'"*. 260

Expte. SAPCyF nº 6809/09 - 17/3/2010 260

XLIII *"Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Morales, Hernán Pablo s/inf. art. 189 bis —C.P.— (recurso de inconstitucionalidad)'"* 262

Expte. SAPCyF nº 6808/09 - 17/3/2010 264

XLIV *"Iglesias, José Antonio y otros c/GCBA s/ejecución de sentencias c/aut. adm. s/recurso de inconstitucionalidad concedido"* 273

Expte. SACAyT nº 6622/09 - 23/3/2010 273

XLV *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Otto, Nora Elena c/GCBA s/revisión de cesantías o exoneraciones de empleados públicos'"* 275

Expte. SACAyT nº 6740/09 - 23/3/2010 276

XLVI *"Franova Sociedad Anónima c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica) s/recurso de apelación ordinario concedido"*. 283

Expte. SACAyT nº 6202/08 - 23/3/2010 283

XLVII *"Asociación Civil para la Defensa del Ámbito Federal e Internacional de los Derechos (Asociación Civil DE.FE.IN.DER.) s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Asociación Civil para la Defensa del Ámbito Federal e Internacional c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA)'"* 285

Expte. SACAyT nº 6889/09 - 23/3/2010 285

XLVIII *"Odriozola, Miriam Mónica y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Odriozola, Miriam Mónica y otros c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'"* . . 289

Expte. SACAyT nº 6507/09 - 23/3/2010 289

XLIX *"Suieluv S.R.L. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia"*. 291

Expte. SAO nº 7091/10 - 23/3/2010. 291

L *"Cinquemani, Rubén Alberto s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Cinquemani, Rubén Alberto (Venezuela 3564) s/infr. art. 73, violar clausura impuesta por autoridad judicial o administrativa —CC'"* 293

Expte. SAPCyF nº 6792/09 - 29/3/2010 294

LI *"Campbell, Colin Munro s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Campbell, Colin Munro s/ejecución fiscal —ingresos brutos"*. 297

Expte. SACAyT nº 7078/10 - 30/3/2010 297

LII *"Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Baccanelli, Francesca c/Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado s/despido'"* 298

Expte. SACAyT nº 6599/09 - 30/3/2010 299

LIII *"Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Olivera, Daniel Alberto s/infr. art. 189 bis del C.P.'"* 301

Expte. SAPCyF nº 6804/09 - 31/3/2010 302

LIV *"Marini, Ricardo Fabio s/queja por retardo, privación o denegación de justicia"* 307

Expte. SAO nº 7069/05 - 31/3/2010. 307

LV *"Emprendimientos Indu-System S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Emprendimientos Indu-System S.A. c/GCBA s/cobro de pesos'"* 310

Expte. SACAyT nº 6773/09 - 7/4/2010 311

LVI *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Tedesco, Susana Noemí y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'"*. 319

Expte. SACAyT n° 6819/09 - 7/4/2010 320

LVII *"Mundo Grúa S.R.L. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Mundo Grúa S.R.L. c/GCBA s/ejecución de sentencias contra aut. adm.'"* 326

Expte. SACAyT nº 6600/09 - 7/4/2010 327

LVIII *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Puerto Norte S.A. c/GCBA s/acción meramente declarativa'"* 331

Expte. SACAyT nº 6243/08 - 7/4/2010 331

LIX *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ferreyra, Eduardo Teodosio y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'"* 339

Expte. SACAyT n° 6760/09 - 7/4/2010 341

LX *"Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Mamani Garvizu, Lola c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA)'"*. 347

Expte. SACAyT n° 6900/09 - 7/4/2010 349

LXI *"Basualdo, Gastón Maximiliano c/GCBA s/otras demandas contra la aut. administrativa s/recurso de inconstitucionalidad concedido"* 354

Expte. SACAyT nº 6802/09 - 7/4/2010 356

LXII *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Tecnología Médica S.A. c/GCBA s/cobro de pesos'"*. . . . 362

Expte. SACAyT nº 6762/09 - 7/4/2010 363

LXIII *"Cementos Avellaneda S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Cementos Avellaneda S.A. s/infr. art. 1.4.4'"* 368

Expte. SAPCyF n° 6820/09 - 7/4/2010 369

LXIV *"Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Incidente de beneficio de litigar sin gastos en autos: Villar, Valeria, Oniszczuk, Carlos Alberto y otros s/infr. art(s). 116, 117 y 118, CC'"* 376

Expte. SAPCyF n° 6822/09 - 7/4/2010 377

LXV *"Cingolani, Lisandro Esteban y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"* 382

Expte. SAO n° 7146 - 7/4/2010 383

LXVI *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Telefónica Data S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'"* 386

Expte. SACAyT n° 6403/09 - 8/4/2010 386

LXVII *"Parodi, Patricia Teresita s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Parodi, Patricia Teresita c/GCBA y otros s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)'"* 389

Expte. SACAyT n° 6732/09 - 14/4/2010 389

LXVIII *"Gómez Villalba, Nelzon y otros c/GCBA (Hospital 'Bernardino Rivadavia') s/daños y perjuicios s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. nº 5243/07 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Gómez Villalba, Nelzon y otros c/GCBA (Hospital Bernardino Rivadavia) s/daños y perjuicios'"* 395

Expte. SACAyT nº 5257/07 - 14/4/2010 395

LXIX *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Expreso Singer S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'"* 398

Expte. SACAyT n° 6664/09 - 21/4/2010 400

LXX *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Medina, María Elena c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'"* 414

Expte. SACAyT nº 6734/09 - 21/4/2010 416

LXXI *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Lorenzo, Julio Pablo y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'"* 423

Expte. SACAyT nº 6608/09 - 21/4/2010 425

LXXII *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Azzinari, Vicente Alberto y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'"*. 434

Expte. SACAyT nº 6742/09 - 21/4/2010 435

LXXIII *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Oteiza, Ángel Matías y otros c/GCBA s/cobro de pesos'"* 443

Expte. SACAyT nº 6493/09 - 21/4/2010 444

LXXIV *"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.'"* 448

Expte. SACAyT n° 6837/09 - 21/4/2010 449

LXXV *"Servicios Integrales S.A. c/GCBA s/contrato de obra pública s/recurso de apelación ordinario concedido"* 456

Expte. SACAyT nº 6616/09 - 21/4/2010 459

LXXVI *"Natural Foods Industrial Exportadora S.A. c/GCBA s/cobro de pesos s/recurso de apelación ordinario concedido"*. 494

Expte. SACAyT nº 5686/07 - 21/4/2010 494

LXXVII *"Compañía Industrial Cervecera S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Compañía Industrial Cervecera S.A. c/GCBA s/otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apel.'"*. 497

Expte. SACAyT nº 6738/09 - 21/4/2010 498

LXXVIII *"Primera Red Interactiva de Medios Argentinos S.A. (PRIMA) s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Primera Red Interactiva de Medios Argentinos S.A. s/ej. fisc. ing. brutos —Convenio Multilateral'"* 509

Expte. SACAyT nº 6750/09 - 21/4/2010 510

LXXIX *"Incidente de prisión preventiva en autos: 'Merlo, Favio Juvenal s/inf. art. 189 bis —C.P.— s/recurso de inconstitucionalidad concedido'"* 513

Expte. SAPCyF nº 6891/09 - 22/4/2010 514

LXXX *"Domínguez, Luis Emilio s/infr. art. 184, inc. 5º, daños (agravados por el objeto) —C.P.— (p/ley 2303) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y sus acumulados nº 6772,*

"Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Domínguez, Luis Emilio s/infr. art. 184, inc. 5º, daños (agravado por el objeto) —C.P.— (p/ley 2303)'", y nº 6779, "Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Domínguez, Luis Emilio s/infr. art. 184, inc. 5º, daños (agravados por el objeto) —C.P.— (p/ley 2303)'" 521

Expte. SAPCyF nº 6764/09 - 22/4/2010 522

LXXXI *"Mantelectric ICISA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Mantelectric ICISA c/Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad de Buenos Aires s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'"* 523

Expte. SACAyT nº 6589/09 - 27/4/2010 526

LXXXII *"Vidal, María del Carmen s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Vidal, María del Carmen c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'"* 545

Expte. SACAyT n° 6671/09 - 27/4/2010 546

LXXXIII *"Peluffo, Horacio Raúl c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado: expte. nº 6705/09 "Peluffo, Horacio Raúl s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Peluffo, Horacio Raúl c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'"* 548

Expte. SACAyT n° 6713/09 - 27/4/2010 549

LXXXIV *"Telmex Argentina S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Telmex Argentina S.A. s/infr. art(s). 4.1.12 —promoción en vía pública— ley 451'"* 552

Expte. SAPCyF nº 6854/09 - 29/4/2010 553

LXXXV *"Fiscalía ante la Cámara en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 2 s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Zelaschi, Mariana Beatriz s/infr. art(s). 181, inc. 1º, usurpación (despojo) C.P. (p/ley 2303)'"* 556

Expte. SAPCyF n° 6885/09 - 29/4/2010 556

LXXXVI *"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: 'Serrano, Lía Verónica s/infr. art(s). 111, CC'"* 557

Expte. SAPCyF n° 7105/10 - 29/4/2010 557

LXXXVII *"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: 'Perichón, María Eugenia s/infr. art(s). 111, CC'"* 558

Expte. SAPCyF n° 7115/10 - 29/4/2010 558

LXXXVIII *"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: 'Murthag, Santiago s/art. 111, CC. Conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes'"*. 560

Expte. SAPCyF n° 7124/10 - 29/4/2010 560

LXXXIX *"Ministerio Público —Asesoría Tutelar de Primera Instancia con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Asesoría Tutelar s/habeas corpus —recurso de inconstitucionalidad'"* 561

Expte. SAPCyF n° 6938/09 - 29/4/2010 562

XC *"Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Pazos, Juan Carlos s/infr. art(s). 111, CC'"* 569

Expte. SAPCyF nº 7135/10 - 29/4/2010 570

XCI *"Parrilli, Rosa Elsa c/Consejo de la Magistratura de la CABA s/amparo (art. 14, CCBA)"* 578

Expte. SAO n° 7200/10 - 29/4/2010 579

XCII *"Parrilli, Rosa Elsa c/Consejo de la Magistratura de la CABA s/amparo (art. 14, CCBA)"* 582

Expte. SAO n° 7200/10 - 29/4/2010 582

XCIII *"Montenegro, Fandor Lucio y otros c/GCBA s/amparo"* 583

Expte. SAO n° 6425/09 - 29/4/2010 583

XCIV *"Asociación de Hoteles, Restaurantes, Confiterías y Cafés c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"* 586

Expte. SAO n° 7059/10 - 29/4/2010 586

XCV *"Suieluv S.R.L. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia"*. 589

Expte. SAO nº 7091/10 - 29/4/2010. 590

XCVI *"Costa, Stella Maris Rita c/GCBA y otros s/medida cautelar s/conflicto de competencia"* 595

Expte. SAO nº 7161/10 - 29/4/2010. 595

XCVII *"Parrilli s/recurso"* 602

Expte. SAO n° 7073/10 - 30/4/2010 602

XCVIII *"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.'"* 604

Expte. SACAyT n° 6726/09 - 3/5/2010 604

XCIX *"Centro de Ventas Monteagudo s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Centro de Ventas Monteagudo S.A. s/cobro de pesos'"* 606

Expte. SACAyT n° 6620/09 - 3/5/2010 607

C *"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.'"*. 609

Expte. SACAyT n° 6823/09 - 5/5/2010 611

CI *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Manes, Silvina c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)'"* 613

Expte. SACAyT nº 6663/09 - 5/5/2010 616

CII *"Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara con competencia en lo Contravencional, Penal y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Sanz, Eduardo José s/infr. art(s). 111, CC'"* 634

Expte. SAPCyF nº 7139/10 - 5/5/2010 635

CIII *"Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara con competencia en lo Contravencional, Penal y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Poccard, Juan Bautista s/infr. art(s). 111, CC'"* 637

Expte. SAPCyF n° 7110/10 - 5/5/2010 637

CIV *"Metrogas S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Metrogas S.A. s/art. 2.1.15, ley 451 —recurso de inconstitucionalidad'"*. 639

Expte. SAPCyF n° 6835/09 - 5/5/2010 640

CV *"Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Gracia, Guillermo Agustín Eduardo c/Consejo de la Magistratura s/amparo (art. 14, CCBA)'"* 643

Expte. SACAyT n° 7087/10 - 12/5/2010 645

CVI *"Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"* 654

Expte. SACAyT n° 6754/09 - 12/5/2010 661

CVII *"Volkswagen Argentina S.A. c/GCBA —Dirección General de Rentas— (resol. 387-DGR/00) s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR"* 695

Expte. SACAyT n° 6517/09 - 12/5/2010 695

CVIII *"Kubrusli, Ricardo Manuel s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Kubrusli, Ricardo Manuel c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'"* 696

Expte. SACAyT n° 6730/09 - 12/5/2010 697

CIX *"Ministerio Público —Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"*. 702

Expte. SAO nº 6153/08 - 12/5/2010. 715

CX *"Poder Ejecutivo de la Ciudad de Buenos Aires c/Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires s/conflicto de poderes"* . . . 792

Expte. SAO n° 6836/09 - 12/5/2010 792

CXI *"Constructora Dos Arroyos S.A. c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido"* . . 796

Expte. SACAyT n° 6860/09 - 14/5/2010 796

CXII *"De Paoli, Silvia s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'De Paoli, Silvia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'"*. 798

Expte. SACAyT n° 6737/09 - 19/5/2010 798

CXIII *"Mantelectric ICISA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Mantelectric ICISA c/Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad de Buenos Aires s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'"* 801

Expte. SACAyT n° 6590/09 - 19/5/2010 801

CXIV *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Lucchetti, Amalia Luján c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'"*. 806

Expte. SACAyT nº 6826/09 - 19/5/2010 808

CXV *"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: 'Velázquez, Claudio Eduardo s/infr. art(s). 189 bis, C.P.'"*. 815

Expte. SAPCyF nº 7155/10 - 19/5/2010 816

CXVI *"Polakis, Anastasio c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"*. 819

Expte. SACAyT nº 7086/10 - 20/5/2010 821

CXVII *"Merlo, Favio Juvenal s/inf. art. 189 bis, portación de armas de fuego de uso civil, C.P. (p/ley 2303) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"* 833

Expte. SAPCyF nº 7098/10 - 26/5/2010 834

CXVIII *"Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Legajo de ejecución en autos: Holzmann, Horacio Francisco s/infr. art. 189 bis —C.P.'"* 838

Expte. SAPCyF nº 6739/09 - 26/5/2010 839

CXIX *"Inarteco S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Inarteco S.A. s/infr. art(s). 2.1.15, zanjas y pozos en la vía pública —ley 451'"* 845

Expte. SAPCyF nº 6886/09 - 26/5/2010 846

CXX *"Aguas y Saneamientos Argentinos S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Recurso de queja en autos Zubdesa S.A. s/infr. art. 2.1.15 —ley 451'"* 853

Expte. SAPCyF n° 6786/09 - 26/5/2010 853

CXXI *"Cingolani, Lisandro Esteban c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"* 855

Expte. SAO n° 7146/10 - 26/5/2010 857

CXXII *"Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial c/GCBA s/proceso de conocimiento s/SAO —otros"* 866

Expte. SAO nº 7214/10 - 26/5/2010. 869

CXXIII *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Zuccoli, Oscar Luis Marcelo y otros c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)'"* 888

Expte. SACAyT nº 6661/09 - 27/5/2010 890

CXXIV *"Corso, Teresa Rafaela s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Corso, Teresa Rafaela c/GCBA s/revisión cesantías o exoneraciones de emp. públ.'"* 902

Expte. SACAyT n° 6758/09 - 27/5/2010 903

CXXV *"Liskowicz, Liliana Inés c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"*. 906

Expte. SACAyT n° 6859/09 - 27/5/2010 906

CXXVI *"Bernstein, Gustavo Martín s/recurso de queja en: 'Bernstein, Gustavo Martín c/GCBA s/queja por apelación denegada'"* . 908

Expte. SACAyT nº 6756/09 - 27/5/2010 909

CXXVII *"Metrovías S.A. c/Ente Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad de Buenos Aires s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est. s/recurso de inconstitucionalidad concedido"* 910

Expte. SACAyT n° 6748/09 - 27/5/2010 911

CXXVIII *"Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Morales, Hernán Pablo s/inf. art. 189 bis —C.P.— (recurso de inconstitucionalidad)'"* 914

Expte. SAPCyF n° 6808/09 - 27/5/2010 915

CXXIX *"Dossi, Alberto Daniel s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Dossi, Alberto Daniel c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto responsabilidad médica)'"* 917

Expte. SACAyT n° 6877/09 - 28/5/2010 918

CXXX *"Ministerio Público —Asesora General Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires— c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"* 923

Expte. SAO nº 6153/08 - 31/5/2010. 923

FALLOS

I

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'ONISZCZUK, CARLOS ALBERTO S/INF. ART. 116, CC'"

RECURSO DE QUEJA: Suspensión de la ejecución de la sentencia. Pena privativa de la libertad.

SUMARIOS:

1. La ausencia de alguna argumentación de la Sala Penal Contravencional y de Faltas destinada a explicar cómo su decisión encontraría apoyo en la normativa procesal estimada aplicable, conduce a otorgar el efecto suspensivo del proceso. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véanse votos de las señoras juezas Alicia E. C. Ruiz y Inés M. Weinberg de Roca).*

2. En relación con la parte de la pena que sobrepasa la pedida en el requerimiento de juicio, la revisión ulterior resultaría insuficiente o tardía por estar discutido un posible exceso jurisdiccional que compromete una pena que incluye privación de libertad. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano)*

3. La interposición de una queja por recurso de inconstitucionalidad denegado no suspende, como regla, el curso del proceso y aunque, excepcionalmente, el TSJBA puede, mediante resolución expresa, suspenderlo antes de pronunciarse sobre la admisibilidad de la queja (art. 33, ley 402), en el caso la defensa no brinda fundamento alguno que permita apartarse de lo dispuesto por la ley 402 que disciplina el procedimiento ante este estrado. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

4. El estudio anticipado que se reclama —que, como tal, no exige una evaluación de certeza sobre la existencia del derecho pretendido— no permite constatar, *prima facie*, la presencia de un error o exceso evidente en la denegación impugnada cuya presunción de legitimidad, más allá de lo que se decida en su hora al tratar específicamente el recurso de hecho, no fue controvertida de modo suficiente. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

Expte. SAPCyF nº 6890/09 - 1º/2/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El recurrente fue condenado, en primera instancia, a la pena de veintiséis (26) días de arresto, más las sanciones accesorias de inhabilitación, por el término de seis (6) años y ocho (8) meses, y comiso de los elementos oportunamente secuestrados (fs. 20 vta.).

2. La defensa apeló la sentencia mencionada en el punto anterior (fs. 39/51). La Cámara revocó parcialmente la decisión de primera instancia y absolvió al recurrente respecto de uno de los hechos por los que había sido condenado por el juez del debate. En consecuencia, la Sala I también modificó la pena impuesta en la instancia anterior y, en definitiva, condenó al Sr. Oniszczuk a la pena de veintidós (22) días de arresto, más las sanciones accesorias de inhabilitación por el término de seis (6) años y ocho (8) meses y el comiso de los elementos oportunamente secuestrados (fs. 54/62). La defensa, por lo tanto, interpuso recurso de inconstitucionalidad que, denegado, motivó la interposición de la queja de fs. 91/111, aún pendiente de resolución.

3. En el recurso de queja (a fs. 91 vta. y 111), el señor defensor general requirió que "…[s]e suspenda la ejecución de la sentencia condenatoria dispuesta en autos conforme [al] art. 33 de la ley 402".

4. El señor juez de trámite dictó el llamado de autos al acuerdo a fin de resolver la petición reseñada (fs. 113). De la deliberación efectuada surgió que no se había logrado conformar la mayoría establecida en el art. 24 de la ley 7. Por ese motivo se resolvió integrar el Tribunal para decidir el punto, en la forma establecida en la mencionada ley (fs. 114). Cumplidos los pasos correspondientes, fue designada la por entonces Sra. Presidenta de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, Dra. Inés M. Weinberg de Roca (fs. 115 y 117).

5. Con fecha 1º/2/2010 el señor juez de trámite ordenó certificar el estado de las actuaciones (fs. 119). De dicha diligencia surgió que el magistrado de primera instancia, el día 10/12/2009, ordenó la citación del imputado a fin de que se presentara en el plazo de 5 días para comenzar con la ejecución de la condena impuesta. La defensa, por su parte, el día 16/12/2009 interpuso reposición con apelación en subsidio contra la decisión mencionada. Dicho recurso se encuentra pendiente de resolución (fs. 120).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

El recurrente, para lo que aquí importa, denuncia la arbitrariedad del pronunciamiento a cuya revisión se aspira en tanto el Ministerio Público Fiscal,

apartándose de la pena originalmente peticionada al requerir la elevación a juicio, solicitó una mayor en su alegato final y la sentencia condenó al imputado con apoyo en ese último pedido.

En tal contexto, corresponde señalar, por un lado, que en función del tenor del agravio mencionado no es posible expedirse en esta etapa acerca de la admisibilidad formal del recurso de inconstitucionalidad articulado. Sin embargo, por otro, también es preciso destacar que la ausencia de alguna argumentación de la Sala I PCyF destinada a explicar cómo su decisión encontraría apoyo en la normativa procesal estimada aplicable, conduce a otorgar el efecto suspensivo requerido. Ello así, porque en relación con la parte de la pena que sobrepasa la pedida en el requerimiento de juicio, la revisión ulterior resultaría en las condiciones reseñadas insuficiente o tardía por estar discutido un posible exceso jurisdiccional que compromete una pena que incluye privación de libertad.

Por lo dicho, voto por conceder el efecto suspensivo requerido.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Coincido con la solución propuesta por el señor juez de trámite. Tal como ya he decidido en casos similares, y sin que esto implique adelantar opinión alguna sobre el destino de la queja de fs. 91 y ss., los efectos irreparables de la pena de arresto me inclinan a conceder el efecto suspensivo requerido hasta tanto sea resuelto el recurso de hecho interpuesto (conf. art. 33, párr. 5º, ley local 402). Así voto.

La jueza Inés M. Weinberg de Roca dijo:

Adhiero al voto de la señora jueza, Alicia E. C. Ruiz.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. El señor defensor general solicita, en virtud de lo dispuesto en el art. 33 de ley 402, la suspensión de la ejecución de la sentencia condenatoria, hasta tanto se resuelva de manera definitiva la vía recursiva. Ello, en el marco de la queja articulada contra la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad que esa parte había planteado, a su vez, para impugnar la sentencia de Cámara que impuso al Sr. Oniszczuk una pena de veintidós (22) días de arresto, con más las accesorias de inhabilitación por el término de seis (6) años y ocho (8) meses y el comiso de los elementos oportunamente secuestrados (fs. 54/62).

2. Tal como lo ha afirmado en reiteradas ocasiones este Tribunal, la interposición de una queja por recurso de inconstitucionalidad denegado no suspende, como regla, el curso del proceso y aunque, excepcionalmente, el TSJBA puede, mediante resolución expresa, suspenderlo antes de pronunciarse sobre la admisibilidad de la queja (art. 33, ley 402), en el caso la defensa no brinda fundamento alguno que permita apartarse de lo dispuesto por la ley 402 que disciplina el procedimiento ante este estrado (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. nº 4808/06, resolución del 4/10/2006, "Martínez, Alfredo Luis y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Martínez, Alfredo Luis; Masero, Néstor Luicio y otros s/ley 255 [Junín 1787]'", expte. nº 4087/05, resolución del 6/9/2005, y "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/infracción arts. 116, 117 y 118. Organizar y explotar juego'", expte. nº 5905/08, resolución del 24/7/2008, entre otros).

3. Aun soslayando el déficit de fundamentación señalado, las piezas recursivas articuladas no logran mostrar cómo estaría configurado, en el caso, según el grado de análisis propio del estado de autos, un supuesto que permita al Tribunal apartarse de la regla legislativa ya apuntada. En tal contexto, el estudio anticipado que se reclama —que, como tal, no exige una evaluación de certeza sobre la existencia del derecho pretendido— no permite constatar, *prima facie*, la presencia de un error o exceso evidente en la denegación impugnada cuya presunción de legitimidad, más allá de lo que se decida en su hora al tratar específicamente el recurso de hecho, no fue controvertida de modo suficiente.

Por lo demás, si bien es cierto que la privación de la libertad locomotiva es imposible de ser subsanada en especie, debe entenderse que ello fue sopesado por el legislador al imponer la regla antes mencionada que, por cierto, el recurrente no tacha de inconstitucional.

En consecuencia, corresponde denegar la suspensión del proceso requerida en la queja agregada a fs. 91/111.

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero al voto de la señora jueza, doctora Ana María Conde.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Conceder* el efecto suspensivo requerido.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique en forma urgente y se libre oficio dirigido a la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas y al Juzgado de Primera Instancia en lo Penal Contravencional y de Faltas Nº 23, a fin de poner en su conocimiento esta decisión.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás - Inés M. Weinberg de Roca.*

II

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

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional. Derecho de defensa. Interpretación de normas infraconstitucionales. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. El recurso de queja debe ser rechazado porque el GCBA no ha logrado articular adecuadamente agravios constitucionales, lo que torna inatendible en esta instancia tanto el recurso de inconstitucionalidad como el de hecho que los sostiene. *(Voto del señor juez José O. Casás. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Luis F. Lozano y Ana María Conde).*

2. El fundamento en que encontró apoyo la sentencia del *a quo*, la ley 2406/07 y su decreto reglamentario, no es uno que el demandado, dada las responsabilidades que le encomienda la CCBA en el sentido de promulgar y reglamentar las leyes, pueda invocar que desconocía. *(Voto del señor juez José O. Casás. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Luis F. Lozano y Ana María Conde).*

3. El planteo de arbitrariedad, en el cual el GCBA subsume buena parte de sus agravios, no logra poner en crisis la sentencia del *a quo* ya que las afirmaciones realizadas por la demandada sólo reflejan sus discrepancias con los fundamentos utilizados por el tribunal, lo cual no significa que la sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

4. El juicio de admisibilidad que le compete efectuar a la Cámara 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), de modo que 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. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. SACAyT nº 6700/09 - 3/2/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Banco Banex S.A. (en adelante, "Banex") promovió demanda contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, GCBA), con el objeto de que se dejase sin efecto la resol. 3091-SHyF-04, dictada con fecha 1º/10/2004, en el expte. nº 35.485/04 por la Secretaría de Hacienda y Finanzas del GCBA, mediante la cual se desestimó el recurso jerárquico que interpusiera su parte contra la resol. 4178-DGR-03, de fecha 16/12/2003, que le impuso una multa de $ 33.675,20 por considerarla incursa en la infracción prevista en el art. 99, primer párrafo del C.F., t.o. 2003 (fs. 1/12, autos principales).

2. Al corrérsele traslado de la demanda, el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires efectuó las negativas de rigor y expresó que la sanción fue correctamente impuesta a la actora atento a que dicha parte había ingresado tardíamente las retenciones del impuesto a los ingresos brutos correspondientes a los períodos julio y octubre de 2002 y abril de 2003. Adujo, que en el caso se encontraban reunidos tanto el elemento objetivo como el subjetivo de la infracción, por lo que ésta había quedado configurada. En consecuencia, solicitó el rechazo de la impugnación planteada y la confirmación de la resol. 3091-SHyF-04 (fs. 14/35).

3. El juez de primera instancia, hizo lugar a la demanda y declaró la nulidad de las resols. 4178-DGR-03 y 3091-SHyF-04, con costas a la demandada. Para así decidir, consideró que "…el exiguo plazo transcurrido entre el vencimiento y el ingreso del tributo; el hecho de que éste fue espontáneo en tanto no medió actividad del organismo recaudador dirigido al cobro de las deudas fiscales; que la declaración jurada correspondiente al ejercicio julio de 2002 fue presentada el 12/8/2002; y que los intereses respectivos, si bien no fueron ingresados, carecían de interés fiscal que justificara su reclamo, constituyen todas circunstancias más que suficientes para crear convicción en cuanto a la falta de dolo en el accionar del contribuyente […] Por lo que en la medida en que el elemento subjetivo no se configura, no puede tenerse por verificada la infracción prevista en la norma..." (fs. 36/38 vta.).

4. Contra tal pronunciamiento, se alzó el GCBA (fs. 40/49). La Sala I de la Cámara CAyT de la Ciudad —previa contestación por parte de la actora de los agravios vertidos por el GCBA (fs. 50/54 vta.)— rechazó el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de primera instancia; en consecuencia, revocó la resol. 3091-SHyF-04 que confirmaba la multa impuesta mediante la resol. 4178-DGR-03, y aplicó las costas en ambas instancias a la parte actora. Para así resolver, sostuvo que la decisión de la Legislatura local de condonar las multas anteriores al 1º/1/2007 mediante el dictado de la ley 2406 era de aplicación al presente caso (fs. 55/57 vta.).

5. El GCBA dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 59/80 vta.). En este sentido, argumentó que:

i) el decisorio objeto del recurso no respetó el principio de congruencia, el de legalidad, el de seguridad jurídica, el de igualdad; tampoco el principio de contradicción o bilateralidad afectando, de este modo, su derecho de defensa al fallar —según afirmó— erróneamente, con sustento en las disposiciones de la ley 2406, dado que al no haber sido dicha cuestión introducida por las partes, la alzada no sólo excedió el marco jurisdiccional resolviendo sobre puntos ajenos al debate, sino que tal circunstancia, además, impidió a su parte argumentar respecto de la improcedencia de la condonación establecida en la ley 2406.

ii) la ley 2406 no era aplicable al caso de autos, puesto que la multa impuesta a la actora había pasado en autoridad de cosa juzgada administrativa, de acuerdo a lo previsto en el art. 6º del dec. 1228/07.

iii) el legislador fijó un claro criterio: sólo las multas que no hubieran pasado en estado de cosa juzgada administrativa a la fecha de entrada en vigencia de la ley 2406/07 (es decir, al 9/1/2008) quedaban condonadas de pleno derecho; concluyó, por tanto, que se afectaba el principio de seguridad jurídica, pues en este caso, el recurso jerárquico articulado por la actora había sido desestimado por la autoridad administrativa.

iv) al soslayar lo normado por la ley 2406 y el dec. 1228/07 y considerar condonada la deuda de una sanción que no cumplía los requisitos previstos por la norma, la alzada desconoció las potestades del Poder Legislativo para disponer las condonaciones vulnerando de este modo el principio republicano de gobierno.

Sobre la base de lo apuntado precedentemente, el recurrente calificó de arbitrario el pronunciamiento de fs. 55/57 vta., lo que ocasionaba —a su criterio— gravedad institucional. Así, concluyó que la Cámara de Apelaciones había efectuado una lectura parcial de la normativa que consideró aplicable lo que la "…llevó a transgredir lo que pretendía defender 'la intención del legislador'" (fs. 73 y vta.).

6. Luego de contestado por la actora el traslado del recurso de inconstitucionalidad articulado por el GCBA (fs. 85/89 vta.), la Sala I resolvió no concederlo (fs. 81/84) por entender que no se configuraba un supuesto de sentencia arbitraria, tampoco un caso constitucional; en relación a la gravedad institucional alegada, concluyó que resultaba improcedente.

7. Dicha decisión motivó la queja que tramita en autos (fs. 92/114). En ella, el GCBA —además de transcribir y reiterar argumentos anteriormente expuestos— adujo que "… el recurso por arbitrariedad no debería ser nunca denegado por el tribunal apelado, ni por 'ápices procesales' (como alguna vez los ha llamado la Corte), ni por valoraciones de fondo…" (fs. 93). Señaló, también, que el *a quo* había omitido considerar las objeciones que había formulado en el recurso de inconstitucionalidad. Insistió, por otra parte, en que el tribunal no había analizado, tampoco, los requisitos que hacían a la procedencia de la condonación.

8. El señor fiscal general adjunto emitió dictamen a fs. 122/124, propiciando el rechazo de la queja planteada por la parte demandada.

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. La cuestión aquí planteada es sustancialmente análoga a la decidida por este Tribunal en los autos "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Instituto Massone S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'", expte. nº 6543/09, sentencia de fecha 25/11/2009, por lo que las consideraciones que vertiera al emitir mi voto en dicha oportunidad, así como la solución que allí propusiera, resultan aplicables al caso que ahora se trae ante estos estrados.

2. En efecto, la queja articulada por el GCBA —aunque interpuesta dentro del plazo que fija el art. 33 de la ley 402— no puede prosperar. Su suerte está sellada en tanto dicha parte no ha logrado articular adecuadamente agravios constitucionales, lo que torna inatendible en esta instancia tanto el recurso de inconstitucionalidad como el de hecho que lo sostiene.

En la pieza procesal por la que se insta la intervención de este estrado, se alega que la decisión de la Sala I de la Cámara CAyT —que resolvió revocar la resol. 3091-SHyF-04, en tanto confirmaba la resol. 4718-DGR-03 por la que se sancionaba a "Banco Banex S.A." con una multa por defraudación fiscal (conf. art. 99 del C.F. 2003) equivalente al 200 % de las retenciones del impuesto a los ingresos brutos depositadas fuera de término por dicha sociedad, correspondientes a los períodos julio y octubre de 2002 y abril de 2003, en el entendimiento de que la sanción se encontraba condonada en virtud de las disposiciones de la ley 2406— provocaba la afectación de los principios de legalidad, defensa en juicio, congruencia y seguridad jurídica; y resultaba arbitraria.

En relación a estas objeciones, no cabe sino que me remita a los fundamentos brindados por mi colega Luis F. Lozano en el punto 2 de su voto del precedente antes citado, que compartí y que transcribo a continuación, en torno a descartar la supuesta violación del principio de debido proceso en cuanto no se habría respetado el principio de congruencia ni el de contradicción. Allí se dijo:

> "2. Si bien el recurrente sostiene que la sentencia de Cámara resulta violatoria del principio de congruencia y del derecho de defensa, no muestra que en la presente causa se haya dado alguna situación de aquellas que esas garantías tienen por fin evitar.// Primeramente, no ha demostrado que el *a quo* se haya pronunciado acerca de una cuestión distinta de la aquí debatida: la procedencia de la multa impuesta a la parte actora por la resolución... y su confirmatoria, la resolución... Por lo demás, el fundamento en que encontró apoyo la sentencia del *a quo*, la ley 2406/07 y su decreto reglamentario (normas sancionadas

> al tiempo que la causa tramitaba ante la Cámara), no es uno que el demandado, dada las responsabilidades que le encomienda la CCBA: la de promulgar y reglamentar las leyes, pueda invocar que desconocía. Por ese mismo motivo, tampoco puede prosperar el planteo del GCBA según el cual la Cámara habría violado su derecho de defensa al no correrle traslado del pedido de la parte actora de que se aplicasen al caso las previsiones de la ley 2406".

Lo expuesto basta para rechazar la queja en este aspecto.

3. En cuanto al planteo de arbitrariedad, en el cual el GCBA subsume buena parte de sus agravios, no logra poner en crisis la sentencia del *a quo* ya que las afirmaciones realizadas por la demandada sólo reflejan su discrepancia con los fundamentos utilizados por el tribunal *a quo*, lo cual no significa que la sentencia 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. nº 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas, en: *Constitución y Justicia* [Fallos de TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. I, pp. 282 y ss.).

Desde otro ángulo, el agravio que el GCBA formula en la queja en cuanto a que: "El recurso por arbitrariedad no debería ser nunca denegado por el tribunal apelado..." (fs. 93, tercer párrafo) no se ajusta a la interpretación que el Tribunal ha efectuado del juicio de admisibilidad que la Cámara debe realizar. En tal sentido 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, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, t. II, pp. 532 y ss.; del voto conjunto de los jueces José O. Casás, Ana María Conde, Julio B. J. Maier y Guillermo A. Muñoz).

Y, a poco que se advierta, las razones expresadas por el GCBA no conmueven dicho criterio interpretativo.

4. En lo referente a la gravedad institucional invocada, el Gobierno local no ha efectuado en el caso —como fue puesto de manifiesto por la alzada al rechazar el recurso de inconstitucionalidad articulado por dicha parte— justificación alguna que avale la traslación de este supuesto 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.

5. Por lo hasta aquí dicho corresponde rechazar el recurso de queja interpuesto a fs. 92/114.

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Coincido con el juez de trámite, Dr. José O. Casás, en que la queja debe ser rechazada. Tal como indica mi colega, la cuestión aquí debatida resulta análoga a la tratada por el tribunal *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Instituto Massone S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'", expte. nº 6543/09, sentencia de fecha 25/11/2009. En esas condiciones, por las razones que dí al votar en esa causa, a las que me remito, voto por rechazar la queja de fs. 92/113 vuelta.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez Luis F. Lozano.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Comparto la solución que propone el señor juez de trámite, José O. Casás, en el sentido de que corresponde rechazar la queja que dedujera el GCBA (fs. 92/113 vta.).

2. La Sala I de la Cámara CAyT no concedió el recurso de inconstitucionalidad con apoyo en los siguientes fundamentos:

a) "…la sentencia [recurrida] puede ser objeto de críticas jurídicas pero no ser descalificada como autocontradictoria, o carente de lógica o de insuficiente fundamentación jurídica" (fs. 82).

b) "…la recurrente impugna (…) la interpretación dada (…) a normas de rango infraconstitucional (v. gr. la ley local 2406 y su dec. regl. 1228/07), las cuales, por tanto, resultan ajenas por regla al objeto del recurso de inconstitucionalidad y de exclusiva ponderación de los jueces de mérito…" (fs. 82).

c) "…en cuanto a la alegada vulneración del principio de congruencia (…), la CSJN ha expresado que '*…el derecho en que aquella* [la parte actora] *fundó su demanda…no obsta para que la Corte Suprema aplique, como lo haría cualquier otro tribunal, el principio* iura novit curia *y dirima el conflicto subsumiendo la realidad fáctica en las normas jurídicas que lo rigen, con prescindencia de los fundamentos que esgrimen las partes'* [*Fallos,* 324: 4199]" (fs. 83, las cursivas pertenecen al texto original).

d) "…la alegada gravedad institucional (…) resulta improcedente (…) [pues]: a) no se ha aportado una justificación concreta que avale racionalmente su traslación al ámbito del recurso de inconstitucionalidad, y b) no se configura un agravio autónomo de acuerdo a los argumentos vertidos en su sustento" (fs. 83).

3. El eje de la decisión impugnada giró en torno al carácter infraconstitucional de los planteos que formulara el GCBA en el recurso de inconstitucionalidad de fs. 59/80 vuelta.

Toda vez que ninguna de las cuestiones mencionadas en el auto denegatorio, y que fueran transcriptas en el apartado precedente, han sido refutadas por el quejoso, el recurso directo se torna inadmisible.

El punto IV de la presentación directa —pese al título que lo encabeza ("agravios contra la sentencia (…) que deniega el recurso de inconstitucionalidad" (fs. 98 y ss., con mayúsculas el texto original)— es una mera reproducción del recurso denegado; por lo que no satisface las condiciones mínimas de autosuficiencia y fundamentación exigidas para la procedencia de la queja (art. 33 de la ley 402).

El Tribunal señaló reiteradamente que 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 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001).

Y, como surge de lo dicho más arriba, el supuesto de autos no puede ser incluido en la hipótesis formulada en el precedente citado.

4. En consecuencia, corresponde rechazar la queja que interpusiera el GCBA (fs. 92/113 vta.).

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 Autónoma de Buenos Aires.

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 - José O. Casás.*

III

"PELUFFO, HORACIO RAÚL C/GCBA S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO EN: 'PELUFFO, HORACIO RAÚL C/GCBA S/EMPLEO PÚBLICO (NO CESANTÍA NI EXONERACIÓN)'" Y SU ACUMULADO EXPTE. Nº 6705/09 "PELUFFO, HORACIO RAÚL S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'PELUFFO, HORACIO RAÚL C/GCBA S/EMPLEO PÚBLICO (NO CESANTÍA NI EXONERACIÓN)'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Cuestión constitucional. Interpretación de normas infraconstitucionales. EMPLEO PÚBLICO: Encasillamiento. Principio pro operario. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. Los planteos esgrimidos manifiestan la discrepancia con la decisión del *a quo* que no reconoció efecto retroactivo al dec. 922/94 ni el pago de las consiguientes diferencias salariales, en tanto sostuvo que la interpretación de los términos del aludido decreto no permitía entender que éste hubiese venido a enmendar error alguno en la inicial categorización del actor y remiten a la determinación del alcance de las pretensiones de las partes y a la interpretación de las normas infraconstitucionales involucradas (decs. 670/92 y 922/94); aspectos que, por regla, resultan ajenos a la vía recursiva intentada. *(Voto del señor juez José O. Casás. En sentido concordante véase voto del señor juez Luis F. Lozano).*

2. Más allá del acierto o error de la conclusión a la que arribó el pronunciamiento cuestionado, los dichos del recurrente sólo expresan su discrepancia con lo decidido mas no logran poner de resalto deficiencias lógicas o de fundamentación que impidan considerar al pronunciamiento impugnado como la "sentencia

fundada en ley" a la que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

3. Una hermenéutica que priorice la discrecionalidad de la administración en perjuicio del trabajador es definitivamente contraria a la supremacía constitucional de los principios que tutelan el trabajo, aún en materia de empleo público. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

4. Corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad en atención a que el eje de la controversia gira en torno a la operatividad del art. 14 bis de la C.N., o en otros términos a los alcances del principio *pro operari* que es una forma de garantía de igualdad entre quienes trabajan para el Estado y quienes lo hacen para empleadores particulares, cuya efectivización importa respecto del actor el reconocimiento del imperativo legal y constitucional del Estado de darle un correcto encasillamiento acorde a sus tareas y responsabilidades como profesional integrante de la Procuración. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

En su voto la Dra. Ana María Conde remite a los fundamentos expuestos en la sentencia dictada en el expte. nº 6259/08 "Gentile, Marcelo José s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Gentile, Marcelo José c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", del 17/6/2009, cuyos sumarios se reproducen a continuación:

1. Corresponde desestimar el recurso de queja si no se da cumplimiento a la carga de realizar una crítica concreta y detallada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad ni se rebate argumentalmente los fundamentos por los cuales la Cámara decidió no concederlo. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. No es admisible el recurso de queja si no se expone una cuestión constitucional y solo se enuncia una discrepancia con la sentencia de Cámara en cuanto a la valoración que ese tribunal de mérito hizo de los hechos, la prueba y las normas infraconstitucionales que consideró aplicables para fundar la decisión impugnada. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. SACAyT nº 6713/09 - 5/2/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Horacio Raúl Peluffo interpuso demanda contra el GCBA "por el cobro de pesos, derivado de las diferencias retroactivas e impagas por mal encasillamiento durante el período transcurrido entre el 1º/4/1992 y el 30/6/1994, reconocidas, según el actor, por el dec. 922/94. Expresó que se desempeñaba como abogado en la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires y explicó que el dec. 3544/91 y

su modificatorio, el dec. 670/92, encasillaron por única vez al 1º/4/1992 al conjunto del personal de la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, en virtud del puntaje que alcanzaba cada agente a esa fecha, conforme con su antigüedad, capacitación y categoría en la que revistaba al 31/4/1992. En esa oportunidad, refiere el actor, se lo encasilló en un determinado nivel y grado —que no precisó—, de conformidad a las pautas mencionadas. Contra tal acto el demandante interpuso reclamo administrativo con planteo de nulidad. Luego de reiterados reclamos administrativos realizados tendientes a lograr su correcto encasillamiento, la demandada dictó el dec. 922/94 por el que dispuso ampliar y modificar, a partir del 1º/7/1994, los términos del dec. 670/92. Aquella norma incluyó un nuevo capítulo sobre el reencasillamiento para el personal profesional y auxiliar que se desempeñaba en funciones jurídicas en el ámbito de la Procuración General de la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. En razón de estos antecedentes, la Administración, por disposición 178-DGRH-94, lo reencasilló en la categoría actual (C03; 201) a partir del 1º/7/1994. En tal sentido, el demandante sostuvo que el dec. 922/94 tuvo por fin corregir el erróneo encasillamiento realizado el 1º/4/1992 con relación al personal que prestaba servicios en funciones jurídicas en la Procuración General. Sin embargo, como esa norma dispuso su aplicación a partir del 1º/7/1994, el actor consideró ello incorrecto pues, en su inteligencia, los efectos del dec. 922/94 debieron retrotraerse a la fecha del dictado del dec. 670/92. A fs. 22 el actor precisó los alcances de su pretensión. Así, sostuvo que perseguía la declaración de nulidad parcial del art. 1º del dec. 922/94 y de la resol. DGRH 178/94, por cuanto al resolver el planteo de nulidad de su encasillamiento original en el SIMUPA limitó sus efectos y modificó su situación de revista a partir de julio de 1994, cuando debió ser desde el 1º/4/1992. Asimismo, como consecuencia de la declaración de nulidad pretendida, solicitó se le liquidaran y abonen las sumas devengadas e impagas correspondientes al período transcurrido entre el 1º/4/1992 y 30/6/1994.

2. A fs. 43/50 contestó demanda el GCBA y solicitó el rechazo de las pretensiones. Reconoció la relación laboral, la función desempeñada por el Sr. Peluffo como abogado en la Procuración General, el encasillamiento dispuesto por el dec. 670/92, el planteo de nulidad articulado por el actor y el reencasillamiento dispuesto por resol. DGRH 178/94. En lo aquí pertinente, puede indicarse que la demandada discutió el derecho del actor; así consideró que no existió error en el primer encasillamiento del actor y también desconoció que el dec. 922/94 resolviera el planteo de nulidad y los reclamos de aquél.

3. El juez de primera instancia dictó sentencia (fs. 405/408 vta.) e hizo lugar parcialmente a la demanda. Así declaró la nulidad del art. 1º de la resol. DGRH 178/94, en cuanto estableció que el reencasillamiento tenía lugar desde el 1º/7/1994, e hizo lugar a las diferencias salariales reclamadas. Por otro lado, rechazó la pretensión de declaración parcial de nulidad del dec. 922/94. Para así decidir, sostuvo que "…el reencasillamiento del actor producido mediante la resol. DGRH

178/94 debe entenderse como un reencasillamiento efectuado por única vez sobre la base de lo dispuesto en el anexo I del dec. 670/92, no al margen de éste. Pero, si debe considerarse como único reencasillamiento, debe tener efecto a partir del que viene a sustituir, esto es, desde el 1º/4/1992, como sostiene la actora. De lo contrario, el actor quedaría en una situación escalafonaria indeterminada entre el 1º/4/1992 y el 1º/7/1994".

4. La sentencia fue apelada por el GCBA, que en sus agravios cuestiona la interpretación del juez de primera instancia respecto del marco jurídico local involucrado. Sustanciado el recurso, la Cámara hizo lugar a la apelación.

5. El vocal preopinante, al momento de tratar el recurso recordó que como juez integrante de la Sala II de la Cámara Contencioso y Administrativo y Tributario, había resuelto cuestión análoga el 20/5/2008 en el expediente caratulado "Gentile, Marcelo José c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)". Luego de transcribir ciertos párrafos del plexo jurídico bajo análisis, el juez de Cámara preopinante consideró plausibles los agravios del Gobierno y entendió que con "[c]laridad y sin margen de duda alguna, la norma expuso [el dec. 670/92] oportunamente que el ingreso al Sistema se configuraría por única vez, no así los reencasillamientos que podrían efectuarse aún con posterioridad al ingreso del agente, de acuerdo a lo que la Administración en uso de sus facultades disponga". Agregó que "le asiste plena razón a la demandada cuando plantea que el actor solo ingresó por única vez en el Sistema y que en todo caso, será el ejecutivo, el que mediando razones de equidad u otras que oportunamente funde, podrá reencasillar a los agentes que formen parte del SIMUPA, teniendo en cuenta que no existe norma alguna que a tales efectos lo impida". También consideró que no existía ninguna prueba que determine el erróneo encasillamiento del actor mediante el dec. 670/92 ya que fue el propio Anexo II de esa norma el que estableció el Nivel C para profesionales (categoría al que fue asignado oportunamente el demandado), y el grado de acuerdo con el puntaje que al momento acreditaba el agente. Asimismo, luego de analizar los términos del dec. 922/94, también concluyó que le asistía razón al demandado en cuanto éste sostuvo que ese decreto en ningún momento hizo las veces de enmienda del dec. 670/92. Así, consideró que "[s]implemente, por razones de equidad —actividad propia del ejecutivo—, se ha ampliado, otorgando un puntaje complementario a la norma citada a los efectos de otorgar a personal municipal una recomposición retributiva". También sostuvo que el actor no cuestionó la legitimidad del dec. 670/94 ni se probó su errónea asignación y desarrollo. Asimismo, y en desacuerdo con lo decidido en primera instancia, el vocal —Dr. Centanaro— consideró que el dec. 922/94 no sustituyó, sino que amplió los términos del dec. 670/94 y, como consecuencia de ese razonamiento, concluyó que ello no implicó que el puntaje inicialmente asignado por el primer decreto fuera erróneo y, en consecuencia, sostuvo que no corresponde que la ampliación operada a partir del dec. 922/94 deba resultar retroactiva.

6. Por su parte, el Dr. Corti, quien adhirió al vocal preopinante, agregó —en lo que aquí interesa— que incumbía al accionante demostrar el erróneo encasillamiento alegado y que el actor ni siquiera indicó en la demanda en qué nivel y grado debió haber sido encasillado en razón del dec. 670/92, que no fue cuestionado. Por tales motivos, el tribunal superior de la causa por unanimidad hizo lugar al recurso de apelación del Gobierno y revocó la sentencia de grado.

7. El actor interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia definitiva del tribunal superior de la causa que, previa sustanciación, fue concedido parcialmente. Ello motivó que el actor planteara el correspondiente recurso de queja por la denegación parcial del recurso de inconstitucionalidad.

8. En su recurso de inconstitucionalidad la parte actora entendió vulnerados los derechos constitucionales comprendidos en los arts. 14 bis, 16, 17 y 18 de la C.N. y 12 inc. 5º y 13 inc. 3º de la Constitución local.

9. A fs. 603/605 el fiscal general adjunto propició rechazar el recurso de queja y declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad.

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja ha sido planteado en tiempo, forma y dirige una crítica concreta contra la decisión denegatoria del recurso de inconstitucionalidad. A su turno, el recurso de inconstitucionalidad, resulta admisible pues se dirige contra una sentencia definitiva que emana del tribunal superior de la causa, ha sido interpuesto en tiempo y forma y el recurrente goza de legitimación y capacidad procesal. En esas condiciones, satisfechos los recaudos de admisibilidad de recurso de inconstitucionalidad, este Tribunal resulta habilitado para conocer los agravios constitucionales planteados y determinar si ellos resultan procedentes.

2. En rigor, los únicos agravios constitucionales que permiten sostener el recurso son los números tres y ocho; los restantes apenas vuelven sobre los dos mencionados, pero no proponen una cuestión constitucional autónoma.

El agravio número tres invoca el principio constitucional y convencional de "igual remuneración por igual tarea" (arts. 16 y 14 bis, C.N. y 7 PIDESC; 23.2, DUDH) y, el número ocho el principio hermenéutico "*in dubio pro operario*" con sustento constitucional en el principio protectorio (art. 14 bis, C.N.).

3. En estas condiciones y de acuerdo a los fundamentos expresados por el actor son aplicables al caso las consideraciones que efectué en mi voto en el expte. nº 6259/08 "Gentile, Marcelo José s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Gentile, Marcelo José c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", sentencia del 17/6/2009, en donde expresé que "…el actor expone sucintamente el derecho en que apoya su reclamo: el principio de igual remuneración por igual tarea".

Desde la perspectiva interpretativa que definen el principio *iura novit curiae*, el art. 14 bis de la C.N. y las normas convencionales con jerarquía constitucional corresponde analizar el derecho infraconstitucional involucrado en el caso, esto es los decretos y resoluciones a partir de los cuales deberá decidirse si el accionante tiene derecho a las diferencias salariales que pretende.

Ya indiqué que, cuando el Dr. Gentile invocó en su apoyo el principio de igual remuneración a igual tarea, satisfizo la carga de fundar en derecho su reclamo. A partir de aquí la cuestión constitucional es una sola aunque expuesta desde diferentes ángulos. En efecto, ella consiste en definir, desde el nivel constitucional, el sentido de un plexo de normas infraconstitucionales que tratan acerca del salario y de otras condiciones de trabajo de un agente (decs. 3544/91, 670/92 y 992/94).

La presentación (fs. 136 del recurso) del Sr. Gentile es eficiente en este punto, ya que como bien lo indica no se trata simplemente de leer decretos y resoluciones sino de hacerlos desde la Constitución y tomando en cuenta qué derechos pueden resultar afectados. De lo contrario –como lo han señalado el actor y el juez de primera instancia (punto III de los considerando del fallo)–, sucede que entre el 1º/4/1992 y el 1º/7/1992 la situación escalafonaria del recurrente habría quedado en un estado de indeterminación respecto del régimen que le sería aplicable.

Coincido aquí con el criterio sustentado en la sentencia de primera instancia. Una hermenéutica que priorice la "discrecionalidad" de la administración en perjuicio del trabajador es definitivamente contraria a la supremacía constitucional de los principios que tutelan el trabajo, aún en materia de empleo público.

Es por este motivo que pretendo ir más allá del argumento de la Cámara que califica el reencasillamiento del actor en términos de 'equidad', en tanto esta postura aparece como una especie de concesión graciosa, y no como la doble afirmación de un derecho del trabajador/administrado y de un deber correlativo de la administración respecto de él.

Considero necesario enfatizar en casos como el de autos, que el principio *pro operari* es una forma de garantía de igualdad entre quienes trabajan para el Estado y quienes lo hacen para empleadores particulares. La efectivización de esa regla importa respecto del Dr. Gentile, el reconocimiento del imperativo legal y constitucional del Estado de darle un correcto encasillamiento acorde a sus tareas y responsabilidades como profesional integrante de la Procuración, es decir, ubicarlo en el nivel 'C' según el dec. 3544/91.

Como se ve, el eje de la controversia gira justamente en torno a la operatividad del art. 14 bis de la C.N., o en otros términos a los alcances del principio *pro operari* que deriva del principio protectorio de raigambre constitucional. Y es por ello que no comparto las razones que expone la Cámara al resolver.

Los agravios primero, tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo, octavo, noveno y décimo del recurso de inconstitucionalidad remiten a los aspectos que he referido en el apartado anterior. En el primer agravio se demuestra la vinculación entre el dec. 922/94 y la normativa previa, en especial con el dec. 670/92, en donde exhibe que el dec. 922/94 se autodesigna como una ampliación del dec. 670/92, con

lo que aquél asumió una función extensiva y de integración sin ninguna pretensión de autonomía. Asimismo, en este agravio el actor demuestra claramente, en consonancia con los considerandos del magistrado de primera instancia, cómo el dec. 922/94 vino a corregir un error original de encasillamiento que es precisamente lo que justifica el reclamo de las diferencias salariales. Resulta correcto también, su señalamiento en cuanto a que se afecta su derecho de defensa, porque el decisorio atacado no es una derivación del derecho positivo vigente ya que al inaplicar el principio protectorio —de claro alcance normativo y, por lo tanto, operativo— carece de fundabilidad y es nulo al infringir el sistema de fuentes (conf. art. 27, inc. 4º, CCAyT). Del mismo modo, aparece nítida la afectación del derecho de propiedad del actor: la falta del debido encasillamiento y la posterior corrección con efectos solo hacia el futuro, lo privó en forma antijurídica de las diferencias que le correspondían desde la entrada en vigencia del dec. 670/92 (1º/4/1992). Los otros agravios mencionados (tercero a décimo) son variaciones argumentativas sobre el mismo tema. Otro tanto puede predicarse de aquellos agravios dirigidos a refutar al vocal que votó por sus fundamentos".

Por las consideraciones expuestas, voto por declarar admisible la queja, procedente el recurso de inconstitucionalidad y revocar la sentencia de Cámara, con costas.

El juez José O. Casás dijo:

El recurso de inconstitucionalidad obrante a fs. 451/474 fue incorrectamente concedido por el *a quo*, toda vez que en autos no se ha logrado configurar un caso constitucional en los términos del art. 113, inc. 3º, de la CCBA.

1. Si bien en el escrito a estudio el actor ha invocado la afectación de diversos derechos de raigambre constitucional —defensa en juicio (art. 18, C.N.), igualdad ante la ley (art. 16, C.N.), igual remuneración por igual tarea (art. 14 bis, C.N.) y propiedad (art. 17, C.N.), no ha logrado exponer en forma razonada y fundada los motivos por los cuales la sentencia recurrida habría provocado una lesión a esas reglas.

En realidad, los planteos esgrimidos manifiestan su discrepancia con la decisión del *a quo* que no reconoció efecto retroactivo al dec. 922/94 ni el pago de las consiguientes diferencias salariales, en tanto sostuvo que la interpretación de los términos del aludido decreto no permitía entender que éste hubiese venido a enmendar error alguno en la inicial categorización del actor. Así las cosas, los agravios propuestos remiten a la determinación del alcance de las pretensiones de las partes y a la interpretación de las normas infraconstitucionales involucradas (decs. 670/92 y 922/94); aspectos que, por regla, resultan ajenos a la vía recursiva intentada [véase en sentido concordante este Tribunal *in re* "Gentile, Marcelo José s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Gentile, Marcelo José c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 6259/08,

sentencia del 17/6/2009 y, más recientemente, en "García, Miriam Nora s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'García, Miriam Nora c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'" expte. nº 6500/09, sentencia del 28/10/2009].

2. Por su parte, el recurso de queja interpuesto para mantener el planteo de arbitrariedad de sentencia tampoco puede tener andamiento.

Más allá del acierto o error de la conclusión a la que arribó el pronunciamiento cuestionado, los dichos del recurrente sólo expresan su discrepancia con lo decidido mas no logran poner de resalto deficiencias lógicas o de fundamentación que impidan considerar al pronunciamiento impugnado como la "sentencia fundada en ley" a la que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional.

En este punto, resulta oportuno destacar 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 desaciertos y 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). Asimismo, este Tribunal ya ha sostenido en numerosas ocasiones que la discrepancia del recurrente con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que su sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria (conf. este Tribunal, *in re* "Federación de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción de inconstitucionalidad", expte. nº 49/99, resolución del 25/8/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. I, pp. 282 y ss., entre otros).

Por los motivos expuestos, corresponde declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad obrante a fs. 451/474 y rechazar la queja incoada a fs. 571/597. Con costas a la parte actora, por aplicación del principio objetivo de la derrota.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Los recursos de inconstitucionalidad y queja satisfacen los requisitos de tiempo y forma exigidos legalmente, sin perjuicio de lo cual no pueden prosperar.

2. La cuestión planteada en autos es sustancialmente similar a la resuelta recientemente en "Gentile, Marcelo José s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Gentile, Marcelo José c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 6259/08, sentencia del 17/6/2009 y "García, Miriam Nora s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'García, Miriam Nora c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'" expte. nº 6500/09, sentencia del 28/10/2009.

Al igual que en dichas causas, en este proceso el recurrente no logró exponer una cuestión constitucional, sino tan sólo su discrepancia con la valoración que el

tribunal de mérito hizo de los hechos, la prueba y las normas infraconstitucionales —principalmente, los decs. 670/92 y 922/94— que consideró aplicables para fundar su decisión, cuestiones ajenas, por regla, al ámbito cognoscitivo de la presente vía recursiva extraordinaria. Y la decisión judicial, más allá de su acierto o error, aparece adecuadamente fundada y razonada, lo que impide el progreso de la causal de arbitrariedad invocada.

Por las razones expuestas, y las desarrolladas en el citado precedente "Gentile" —del que deberá agregarse copia por secretaría para formar parte de este pronunciamiento—, voto por declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad y rechazar la queja, ambos interpuestos por la parte actora. Con costas a la parte actora, por aplicación del principio objetivo de la derrota.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Coincido con mis colegas, Dra. Ana María Conde y Dr. José O. Casás, en que el recurso de inconstitucionalidad ha sido incorrectamente concedido y en que la queja debe ser rechazada, puesto que la sentencia que se viene recurriendo encuentra apoyo en la interpretación de normas locales —decs. 670/92 y 922/94—, competencia que, por la índole de las normas involucradas, resulta propia de los jueces de mérito y ajena, en cambio, a la de este Tribunal, sin que el recurrente haya logrado demostrar en el *sub lite* que corresponda hacer excepción a esa regla. Ello, con costas a la recurrente.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja y *declarar* mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuestos por Horacio Raúl Peluffo, con costas.

2º. *Agregar* a este expediente copia de la sentencia dictada por el Tribunal en los autos "Gentile, Marcelo José s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Gentile, Marcelo José c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'" (expte. nº 6259/08), de fecha 17/6/2009, como parte integrante del voto de la jueza Ana María Conde.

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

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

IV

"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:

Se agrega copia de los sumarios de la sentencia dictada en el expte. nº 5428/07 "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.'", del 9/4/2008:

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. 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).*

5. 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).*

6. 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).*

7. 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).*

8. 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. SACAyT nº 6726/09 - 5/2/2010

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. 302/319) contra la resol. EURSP/CABA-92/07 emitida por el Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que le impuso una multa de $ 15.015 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. 302) 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. EURSP/CABA-92/07 (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. EURSP/CABA-435/05, 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. 308 y vta.).

3. Contra la resolución de la Cámara, la impugnante interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 280/288 vta.).

4. El *a quo* (fs. 278/279) 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 con relación a ninguna cuestión constitucional y que tampoco la recurrente había logrado demostrar que la resolución le ocasionase un perjuicio irreparable que permitiera equipararla a una de tales características.

5. Contra la decisión de fs. 278/279, la actora dedujo la queja que tramita en autos (fs. 338/348 vta.).

6. A fs. 351 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 fue contestado a fs. 356/358 vuelta.

7. Requerido su dictamen, el fiscal general propuso el rechazo del recurso directo (fs. 360/366). Sin perjuicio de lo cual, y para el supuesto caso de que se lo admitiese, propició que se desestimase el recurso de inconstitucionalidad deducido.

FUNDAMENTOS:

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

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 propiciamos es idéntica a la adoptada en el precedente indicado.

Por ello, remitimos en lo pertinente a nuestros respectivos votos emitidos 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. Las costas se imponen a la vencida, por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 62, primer párrafo, CCAyT).

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Coincido con la solución propuesta por el señor juez de trámite, Dr. Luis F. Lozano, por idénticos fundamentos a los expuestos en mi voto en la causa "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.

En virtud de ello, corresponde admitir la queja y rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Metrovías S.A. Las costas se imponen a la vencida, por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 62, párr. 1º, CCAyT).

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

La cuestión de autos es sustancialmente análoga a la que motivara la intervención de este Tribunal 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 propicio idéntica solución a la arribada en aquel precedente.

Por razones de brevedad me remito a los fundamentos que expusiera en los aparts. 1, 5 y 6 del expte. nº 5428, incorporados a esta causa. Corresponde, entonces, rechazar la queja intentada.

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. 337.

2º. *Rechazar* el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Metrovías S.A., con costas.

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 - José O. Casás.*

V

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

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos. Acordada 4/07 CSJN. Cuestión federal. Interpretación de normas locales infraconstitucionales. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. El recurso extraordinario deducido por el GCBA resulta inadmisible desde que los agravios planteados no logran configurar cuestión federal alguna, pues las objeciones esgrimidas se vinculan únicamente con la interpretación y valoración de las pretensiones contenidas en el escrito de demanda en relación con la normativa local infraconstitucional aplicable a la decisión de la causa. *(Voto de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, Luis F. Lozano y José O. Casás).*

2. La determinación de las cuestiones comprendidas en la litis y del alcance de las peticiones de las partes son cuestiones que incumben privativamente a los jueces de la causa, por lo que en virtud de su naturaleza resultan, por regla, extraños al control de la Corte Suprema por la vía del recurso extraordinario federal. *(Voto de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, Luis F. Lozano y José O. Casás).*

3. 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 como ocurre cuando la cuestión de fondo debatida trata sobre diferencias salariales en una relación de empleo público. *(Voto de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, Luis F. Lozano y José O. Casás).*

4. La sola mención de preceptos constitucionales no basta para abrir la vía extraordinaria 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. (*Voto de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, Luis F. Lozano y José O. Casás).*

5. No cabe suplir la ausencia ostensible de cuestión federal, a través de la doctrina de "la sentencia arbitraria", si los agravios planteados en ese sentido carecen de relación directa con las normas constitucionales invocadas. *(Voto de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, Luis F. Lozano y José O. Casás).*

6. El criterio adoptado por los magistrados que integraron la mayoría en la anterior instancia ha 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, por lo que corresponde conceder el recurso extraordinario federal interpuesto por el Gobierno local. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. SACAyT nº 6477/09 - 5/2/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante GCBA) interpuso a fs. 157/175 vta. recurso extraordinario federal contra la resolución de fecha 20/10/2009 (fs. 138/153) por la que el Tribunal, por mayoría, dispuso *"(r)echazar* el recurso de queja planteado por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires" deducido contra la sentencia dictada por la Sala I el día 9/3/2009 (fs. 11/12).

2. La parte actora contestó el traslado conferido y solicitó el rechazo del recurso (fs. 179/183 vta.).

FUNDAMENTOS:

Los jueces Alicia E. C. Ruiz, Luis F. Lozano y José O. Casás dijeron:

1. El recurso deducido por el GCBA fue interpuesto en tiempo oportuno, mas resulta inadmisible puesto que los agravios planteados no logran configurar cuestión federal alguna.

2. Cabe destacar que en el caso las objeciones esgrimidas se vinculan únicamente con la interpretación y valoración de las pretensiones contenidas en el escrito de demanda en relación con la normativa local infraconstitucional aplicable a la decisión de la causa.

Sobre este punto, resulta oportuno recordar que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado en numerosas ocasiones que lo atinente a la determinación de las cuestiones comprendidas en la litis y del alcance de las peticiones de las partes son cuestiones que incumben privativamente a los jueces de la causa y, en consecuencia, ajenas a la instancia extraordinaria (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). Los asuntos de esta naturaleza resultan, por regla, extraños al control de la Corte Suprema por la vía del recurso extraordinario federal (*Fallos,* 285:410; 286:87; 291:356; 308:551, entre otros).

Además, 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 en el caso, en que la cuestión de fondo debatida trató sobre diferencias salariales en una relación de empleo público.

Asimismo, corresponde señalar que 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, el 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, el GCBA procura introducirla merced a la doctrina de la "sentencia arbitraria". Según lo señala la CSJN, creadora de esta doctrina, la admisibilidad del recurso por esta causal es estricta pues "(l)a 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).

Los agravios planteados por el recurrente, bajo el rótulo de "arbitrariedad", por lo dicho en el punto anterior, carecen, sin embargo, de relación directa con las normas constitucionales invocadas.

Asimismo, el GCBA se agravia en tanto considera que este Tribunal no dio tratamiento al planteo en el que aparentemente ponía de resalto la contradicción del pronunciamiento del *a quo* con otra sentencia emanada de la Sala II de ese tribunal (fs. 162 y fs. 173). A su criterio, tal omisión convertiría la sentencia en arbitraria y lesionaría sus derechos de defensa en juicio, al debido proceso y a la igualdad (fs. 173). Cita, para fundar este agravio, los votos de "…los Dres. Ruiz (cons. 3) y Lozano (cons. 3)". Sin embargo, los párrafos de la sentencia mencionados por el recurrente no dan sustento al agravio pues, por un lado, el voto de la jueza Ruiz no contiene un considerando 3, y en el voto del juez Lozano, ese punto se refiere al agravio fundado en el art. 43 de la Constitución local (fs. 138/153).

4. Finalmente, el GCBA alude a la *trascendencia institucional* (gravedad institucional) que —a su criterio— involucraría esta cuestión (fs. 175). Pero las consideraciones que formula en este sentido no resultan suficientes para tenerla por configurada, desde que no se advierte concretamente —ni fue puesto de manifiesto por el recurrente— de qué manera la decisión de la Cámara recaída en estas actuaciones puede llegar a comprometer gravemente el interés general (*Fallos,* 324:533, 833; 326:2126 y 4240).

5. Por lo demás, tampoco pueden tenerse por cumplidos los extremos requeridos por los arts. 2º, inc. i) y 3º, incs. b), d) y e) del reglamento aprobado por la acordada 4/07 de la CSJN. Así, el GCBA omitió efectuar en la carátula (art. 2º) 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. 3º, 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).

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

El recurso extraordinario federal cumple los requisitos formales exigidos por la normativa vigente.

Ahora bien, en la sentencia dictada el 20/10/2009 me remití a los argumentos sostenidos en la causa "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Roisenzvit, Carmen Adela y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 6367/08, sentencia del 30/7/2009; por ser idénticos los hechos y la sentencia de Cámara abordados en ambos casos. En el citado precedente, 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 lo manifestara 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.

Por ello, 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. 144, punto 2.

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

VI

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'TOLEDO, CRISTIAN MAXIMILIANO S/INFR. ART(S). 189 BIS, PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO DE USO CIVIL —C.P.'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos. Sentencia definitiva. Suspensión del juicio a prueba. Principios de legalidad y de máxima taxatividad penal.

SUMARIOS:

1. El recurso extraordinario debe ser denegado porque no está dirigido contra la sentencia definitiva a que se refiere el párr. 1º del art. 14 de la ley 48, ni contra una que la defensa muestre que deba ser equiparada a tal efecto. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

2. Los planteos relativos a la imposibilidad que pesaría sobre el representante del Ministerio Público Fiscal para fundar su oposición a que se suspenda el juicio a prueba en el criterio general de actuación establecido por el señor fiscal general mediante la resol. gral. 178/08; y a que no sería necesario el consentimiento del fiscal para que proceda la mencionada suspensión, son fruto de una reflexión tardía posterior al dictado de la sentencia cuya modificación aspira la defensa, toda vez que fueron formulados, por vez primera, en el presente recurso federal. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. El recurso extraordinario federal que interpuesto por el señor defensor general debe ser concedido porque satisface los recaudos de establecidos en la acordada 4/07 de la CSJN. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

4. Es admisible el recurso extraordinario pues la defensa vuelve sobre la cuestión federal ya introducida en los recursos de inconstitucionalidad y de queja y guarda relación directa con la resolución de la causa que gira en torno de la interpretación del art. 76 bis del C.P. en violación de los principios de legalidad, y máxima taxatividad penal. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

5. La interpretación del art. 76 bis del C.P. que proponen los camaristas, es confusa y constitucionalmente inválida a la luz de la simple lectura de esa norma de la que resulta que en ella no se prevé un supuesto denegatorio que incluya la situación procesal del imputado. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

6. No es aplicable al recurrente el segundo párrafo del art. 76 bis del C.P. porque los hechos en virtud de los cuales está sometido a proceso no forman un concurso real, y el imputado no tiene en la actualidad antecedente condenatorio alguno, por lo que no puede inferirse —como hace la Cámara— que inevitablemente si hubiera condena en autos esta sería de cumplimiento efectivo o mayor a tres años. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. SAPCyF nº 6534/09 - 5/2/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La defensa de Cristian Maximiliano Toledo interpuso recurso extraordinario federal (fs. 96/119 vta.) contra la decisión del Tribunal del 28/10/2009 que, por mayoría, resolvió rechazar la queja interpuesta por la mencionada defensa (fs. 82/90).

2. El fiscal general adjunto, al contestar el traslado que le fue conferido a fs. 120, expresó que el Tribunal debía declarar inadmisible el recurso porque la defensa no ataca una sentencia definitiva o una que deba ser equiparada a tal, ni presenta una cuestión federal. Por último, descartó la aplicación a este caso de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia invocada por el recurrente (fs. 122/125 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. El recurso extraordinario debe ser denegado porque no está dirigido contra la sentencia definitiva a que se refiere el primer párrafo del art. 14 de la ley 48, ni contra una que la defensa muestre deba ser equiparada a tal a los fines del mencionado recurso. La decisión del Tribunal reseñada en el punto 1 de los "resulta" no encontró apoyo en la interpretación de una garantía federal sólo susceptible de tutela inmediata cuya decisión contraria a los intereses del Sr. Toledo podría haber llevado a la concesión

del remedio procesal que hoy intenta, sino que ella se fundó, principalmente, en el hecho de que el representante del Ministerio Público se había opuesto a la concesión de la suspensión de juicio a prueba solicitada; situación de la que, por lo demás, la defensa no se venía haciendo cargo en su recurso de inconstitucionalidad.

2. Por lo demás, cabe señalar que los planteos relativos a: *i)* la imposibilidad que pesaría sobre el representante del Ministerio Público Fiscal para fundar su oposición a que se suspenda el juicio a prueba en el criterio general de actuación establecido por el señor fiscal general mediante la resol. gral. 178/08; y *ii)* que no sería necesario el consentimiento del fiscal para que proceda la mencionada suspensión (fs. 115 vta./116); son fruto de una reflexión tardía posterior al dictado de la sentencia cuya modificación aspira la defensa, esto es, la de cámara, y a la de este Tribunal. Ello así, toda vez que fueron formulados, por vez primera, en el presente recurso federal.

Por lo expuesto, voto por denegar el recurso extraordinario de fs. 96/116 vta.

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

Adherimos al punto 1 del voto del señor juez de trámite, Luis F. Lozano, en cuanto explica que esta nueva impugnación tampoco se dirige contra una *sentencia definitiva* (art. 14 de la ley 48) o auto equiparable a ella. Por lo demás, como lo indicó el señor juez de trámite en el punto 3 de su voto en la resolución obrante a fs. 82/90 y hoy lo recuerda el fiscal general adjunto en su dictamen (fs. 122/125), el señor defensor general no alcanza a demostrar la pertinencia de las citas jurisprudenciales con las cuales pretende fundar la *equiparabilidad* de la decisión puesta en crisis, toda vez que no se advierte, ni se desarrolla con la claridad que reclama el recurso intentado, la cuestión federal o la arbitrariedad denunciada; extremos —ambos— invariablemente requeridos por la CSJN al pronunciarse en sus fallos. En efecto, los agravios del esforzado recurrente, a lo sumo, dejan traslucir sus discrepancias con la interpretación que se ha dado acerca de una regla infraconstitucional (art. 76 bis, párr. 4º, C.P.), pero esa interpretación no ha sido suficientemente confrontada con reglas constitucionales, ni se evidencia una lesión de esa naturaleza y, en tales condiciones, la decisión de nuestro Tribunal puede no compartirse, pero no por ello resulta descalificable por infundada, ritual o desprovista de racionalidad al momento de verificar la inexistencia del requisito de *sentencia definitiva* en el caso bajo estudio.

Así lo votamos.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso extraordinario federal que interpusiera el señor defensor general Mario Jaime Kestelboim debe ser concedido (fs. 96/119).

2. El escrito, oportunamente presentado, satisface los recaudos de establecidos en la acordada 4/07 de la CSJN y es admisible.

3. El recurrente sostiene el carácter definitivo de la sentencia que recurriera ante el Tribunal, la cual "…ha impedido al imputado la posibilidad de acceder legítimamente a un modo de finalización anticipado del proceso (…) afectando de manera irremediable el principio de legalidad y máxima taxatividad legal, ya que se está privilegiando la oposición fiscal fundada en un criterio general de actuación de la Fiscalía General sobre las condiciones de procedibilidad por sobre las exigencias previstas en la ley" (fs. 103).

4. En este marco, la Defensa vuelve sobre la cuestión federal que ya fuera introducida en los recursos de inconstitucionalidad y de queja (fs. 37/46 y fs. 53/67, respectivamente) y que guarda relación directa con la resolución de la causa: interpretación del art. 76 bis del C.P. en violación de los principios de legalidad, y máxima taxatividad penal.

Como sostuve en los fundamentos de mi voto en la sentencia dictada por el Tribunal respecto del recurso de inconstitucionalidad (resolución del 28/10/2009), "…[l]a interpretación del art. 76 bis del C.P. que proponen los camaristas, es confusa y constitucionalmente inválida. La simple lectura de esa norma muestra que en ella no se prevé un supuesto denegatorio que incluya la situación procesal del Sr. Toledo. / En primer lugar, no le es aplicable el segundo párrafo del art. 76 bis porque los hechos en virtud de los cuales el Sr. Toledo está sometido a proceso no forman un concurso real. En segundo lugar, el Sr. Toledo no tiene en la actualidad antecedente condenatorio alguno. Por tanto, no puede inferirse —como hace la Cámara— que inevitablemente si hubiera condena en autos esta sería de cumplimiento efectivo o mayor a tres años.// A partir de estas constataciones es evidente que la interpretación de la Cámara es *in malam partem* y se basa en la analogía".

Las mismas observaciones merece la decisión que ahora motiva la interposición del recurso extraordinario federal.

5. En consecuencia, voto por conceder el recurso extraordinario federal que dedujera el señor defensor general Mario Jaime Kestelboim.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal interpuesto a fs. 96/119.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique a la fiscalía, a la defensa y personalmente al imputado mediante oficio ley 22.172 y, oportunamente, se cumpla con la remisión ordenada a fs. 90, punto 2.

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

VII

"ALIMENTOS TROPICALES ARGENTINOS S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'ALIMENTOS TROPICALES ARGENTINOS S/INFR. ART(S). 2.2.14, SANCIÓN GENÉRICA —LEY 451'"

RECURSO DE QUEJA: Sentencia equiparable a definitiva. Gravamen irreparable. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. RÉGIMEN DE FALTAS: Solicitud de juzgamiento en sede judicial. Nulidad de la notificación. Derecho de defensa en juicio.

SUMARIOS:

1. La decisión atacada es equiparable a la sentencia definitiva mencionada en el art. 27 de la ley 402, en tanto los efectos que se generan en cabeza de la firma imputada son de imposible reparación ulterior, pues el tema debatido no podrá ser replanteado con posterioridad y, en el caso, se tendrá por desistida la solicitud de juzgamiento en sede judicial efectuada por la recurrente y por firme la resolución dictada en sede administrativa que le impuso una multa de 20.600 UF por encontrarla responsable de ciertas infracciones al régimen de faltas. *(Voto del señor juez José O. Casás. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Ana María Conde, Alicia E. C. Ruiz y Luis F. Lozano).*

2. Si bien los planteos del recurrente remiten en parte a cuestiones de hecho, prueba y de índole procesal —por regla, ajenas al ámbito de conocimiento de este Tribunal—, se muestran idóneos para dar andamiento al recurso incoado por encontrarse en juego de manera directa el derecho de defensa en juicio (tutela judicial efectiva), protegido por la Constitución local, nacional y tratados internacionales con jerarquía constitucional. *(Voto del señor juez José O. Casás. En sentido concordante véanse votos de las señoras juezas Ana María Conde y Alicia E. C. Ruiz).*

3. No se advierte error en la vía elegida por la firma imputada para cuestionar la notificación que generan sus agravios, pues ella no tacha de falso el contenido del documento (caso en el que sí hubiera correspondido la vía de redargución del art. 993, Cód. Civil) sino que cuestiona las circunstancias en que se practicó la notificación. *(Voto del señor juez José O. Casás. En sentido concordante véanse votos de las señoras juezas Ana María Conde y Alicia E. C. Ruiz).*

4. Resultan ciertamente atendibles los motivos expuestos por la defensa para requerir una mínima indagación en torno al correcto cumplimiento por parte de la oficial notificador de las previsiones reglamentarias (art. 2.19, resol. CM-52/99) que la obligaban a intentar entregar el documento al requerido y sólo en su defecto a dejar debida constancia de lo sucedido y fijarlo en lugar visible y de manera efectiva, esto último teniendo en consideración que se procedió al diligenciamiento a las 18:45 hs. del último día hábil judicial del año 2008, al que siguieron los días feriados por el fin de año. *(Voto del señor juez José O. Casás.*

En sentido concordante véanse votos de las señoras juezas Ana María Conde y Alicia E. C. Ruiz).

5. Corresponde hacer lugar a los recursos de queja e inconstitucionalidad pues las instancias de mérito cerraron sin justificación válida toda posibilidad de que la firma acusada pudiera cuestionar la notificación practicada y, de modo indirecto, pudiera ejercer las defensas que le confiere la ley de procedimiento en materia de faltas. *(Voto del señor juez José O. Casás. En sentido concordante véanse votos de las señoras juezas Ana María Conde y Alicia E. C. Ruiz).*

6. Si bien existe cierto déficit o laguna en la regulación procesal de faltas en cuanto a las normas que pueden aplicarse supletoriamente para resolver acerca del modo como deben llevarse a cabo las notificaciones o acerca de las vías pertinentes para cuestionar su eficacia, lo cierto es que cualquiera sea el régimen legal que se utilice (el CPP local o el CCAyT, al que sí remite el RF para otros aspectos) lo que se busca es dotar de certeza y efectividad a las comunicaciones, porque de su adecuado y real cumplimiento depende la defensa en juicio de quien se encuentra sometido a proceso. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

7. La circunstancia de que no exista un régimen de notificaciones específico para la materia de faltas (al margen del art. 32 de la ley 1217), no significa que ellas puedan practicarse de cualquier manera y mucho menos operar en perjuicio del infractor. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. SAPCyF nº 6712/09 - 5/2/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El 17/2/2009 el titular del Juzgado de Primera Instancia con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 15 consideró desistida —por incomparecencia— la solicitud de juzgamiento realizada por la representante de Alimentos Tropicales Argentinos S.A. (fs. 33 de esta queja y 92 de las actuaciones principales) y, en consecuencia, declaró firme la sanción de 20.600 UF de multa impuesta por el controlador de faltas a cargo de la UACF Nº 39.

El 25/2/2009 la firma mencionada cuestionó dicha decisión judicial mediante un recurso de reposición, con apelación en subsidio. En su escrito (fs. 22/31) planteó la nulidad de la notificación de la providencia, del 29/12/2008 (fs. 34 de esta queja y 91 de los autos principales), mediante la cual se la citaba a comparecer al procedimiento judicial de faltas (art. 41 de la ley 1217). Según explicó, la cédula diligenciada el día 30/12/2008 no habría sido recibida en la empresa por causas que no le resultaban imputables. Además, ofreció prueba para acreditar sus dichos.

Por último, denunció la inconstitucionalidad del art. 31 de la ley 1217 y, en este sentido, confrontó las reglas procesales vigentes en materia contravencional con aquellas que rigen el procedimiento de faltas; sobre esa comparación concluyó que el presunto infractor a la ley 451 —pese a que, como en este caso, podría ser sancionado severamente— no cuenta con las garantías que sí resultan aplicables para las personas acusadas de haber cometido una contravención que, muchas veces, prevé penas sustancialmente menos gravosas.

2. El 26/2/2009, el magistrado de primera instancia —al resolver sobre la presentación mencionada en el párrafo anterior— decidió "notifi[car] a la infractora (…) que actualmente se encuentra fenecida la instancia judicial de revisión oportunamente requerida en sede administrativa, debiendo por ello concurrir por ante la UACF Nº 39 (…) a los fines de interponer los planteos jurídicos que por derecho estime corresponda" (fs. 32). Frente a dicha resolución, la representante de Alimentos Tropicales Argentinos S.A. acudió ante la Cámara a través de una queja por apelación denegada (fs. 16/20). El día 27/4/2009 la Sala II rechazó el recurso directo (fs. 14/15).

3. Alimentos Tropicales Argentinos S.A. interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 4/12) contra el rechazo decidido por la Sala II.

En ese escrito denunció la violación de su derecho de defensa en juicio y de la garantía de debido proceso porque, según explicó, no se había producido la prueba ofrecida para demostrar que la notificación fue realizada inválidamente. Además, indicó que la decisión cuestionada le impidió ejercer su derecho a la revisión judicial de la resolución administrativa y, en el mismo sentido, expresó que se afectaba su derecho de propiedad porque, en definitiva, se la estaba obligando a abonar la multa impuesta por el controlador de faltas. Por último, tildó de arbitraria la decisión dado que los camaristas no habían tratado los argumentos propuestos en la queja.

Sus motivos de agravio se vinculan a que los camaristas consideraron que el procedimiento había finalizado con la incomparecencia de la representante de la firma —es decir, concluyeron que el proceso estaba cerrado incluso antes de que la empresa iniciara la vía recursiva— y, en este sentido, no produjeron la prueba ofrecida para demostrar la nulidad denunciada. Además, los magistrados tampoco habrían contestado los argumentos expuestos sino que simplemente se limitaron a convalidar la notificación cuestionada.

4. La Sala II declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad reseñado en el punto anterior (fs. 2/3). Indicaron, como fundamento de esa resolución, que el recurrente no había logrado plantear un caso constitucional. La firma recurrente, frente al auto denegatorio, interpuso la queja que está agregada a fs. 35/43.

5. El señor juez de trámite, previo a cualquier otra diligencia, requirió los autos principales (conf. fs. 45, punto 2 y constancia de recepción de fs. 47, punto 1).

6. El fiscal general adjunto, al contestar la vista conferida, propició el rechazo de la queja debido a que, pese a atacar una decisión equiparable a sentencia definitiva, no lograba presentar un caso constitucional (fs. 48/49). En este sentido, indicó que "la parte no presentó un caso, debido a que en su momento escogió mal la vía procesal, toda vez que para poder atacar un instrumento público, como lo es la cédula de notificación, con la finalidad de quitarle los efectos jurídicos que provocó, debió hacerlo mediante redargución de falsedad (art. 993 del Cód. Civil), remedio al que no recurrió y, con tal omisión, perdió la posibilidad de evitar la caducidad definitiva de la instancia y la vía para invocar las lesiones de derechos en que pretendió basar el acceso a los tribunales de alzada".

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. La queja agregada a fs. 35/43 fue interpuesta ante el Tribunal, por escrito y dentro del plazo legal y, como se expone a continuación, debe prosperar.

En primer lugar, la decisión atacada es equiparable a la sentencia definitiva mencionada en el art. 27 de la ley 402, en tanto los efectos que se generan en cabeza de la firma imputada son de imposible reparación ulterior. Ello así, dado que el tema debatido no podrá ser replanteado con posterioridad y, en el caso, se tendrá por desistida la solicitud de juzgamiento en sede judicial efectuada por Alimentos Tropicales Argentinos S.A .y por firme la resolución dictada en sede administrativa que le impuso una multa de 20.600 UF por encontrarla responsable de ciertas infracciones al régimen de faltas.

En segundo lugar, el recurrente, más allá de incurrir en algún exceso retórico censurable, acierta cuando califica de dogmático al auto denegatorio obrante a fs. 2/3, pues tal decisión se sustenta en argumentos sumamente genéricos y conceptos ya vertidos por la Cámara al dictar la sentencia que convalidó el temperamento adoptado por el señor juez de grado. La queja, en tales términos, contiene una refutación mínima, aunque habida cuenta del contenido concreto del mencionado auto denegatorio ella se muestra como suficiente para habilitar la competencia de este estrado.

En este sentido, a diferencia de lo sostenido por los integrantes de la Sala II, considero que los planteos de la recurrente, si bien en parte remiten a cuestiones de hecho, prueba y de índole procesal —por regla, ajenas al ámbito de conocimiento de este Tribunal—, se muestran idóneos para dar andamiento al recurso incoado por encontrarse en juego de manera directa el derecho de defensa en juicio (tutela judicial efectiva), protegido por la Constitución local, nacional y tratados internacionales con jerarquía constitucional.

Cabe aclarar que la objeción del señor fiscal general adjunto a la admisibilidad del recurso en este caso no puede prosperar, pues no se advierte error en la vía elegida por la firma imputada para cuestionar la notificación que genera sus

agravios. La interesada no tacha de falso el contenido del documento (caso en el que sí hubiera correspondido la vía de redargución del art. 993, Cód. Civil) sino que cuestiona las circunstancias en que se practicó la diligencia (véase fs. 23). Por ende, la vía intentada resulta idónea a ese fin.

En suma, al haberse logrado conectar lo decidido por los jueces de la causa con un agravio que involucra de modo directo preceptos de jerarquía constitucional, la queja deducida debe prosperar.

2. Alimentos Tropicales Argentinos S.A., en su recurso de inconstitucionalidad, expuso que la Cámara confirmó el auto impugnado —la declaración de firmeza de la multa de 20.600 UF impuesta por la UACF de fs. 92 de los autos principales—, tras aseverar la validez de la notificación del auto de fs. 89 de los autos principales que dispuso su citación a oponer defensas en sede jurisdiccional, sin dar tratamiento a los planteos de nulidad efectuados oportunamente en torno a la cédula de notificación agregada a fs. 91 de los autos principales. En otras palabras, la recurrente se agravia porque los jueces de la causa omitieron resolver su planteo de nulidad de la notificación del auto que la citaba a oponer defensas y, en consecuencia, declararon firme la multa impuesta por la UACONF. Ese es el punto del que parten sus agravios constitucionales.

3. Vale la pena, antes de continuar con la resolución del recurso de inconstitucionalidad, destacar ciertos actos que conformaron el proceso.

a) El día 29/12/2008 el juez interviniente decidió citar a la firma imputada a plantear sus defensas y ofrecer prueba. La notificación cursada fue practicada —en el domicilio que la empresa había constituido ante la UACF— el día 30/12/2008 a las 18:45 hs (conf. fs. 91 vta., autos principales), esto es, sobre el cierre de la tarde del último día hábil judicial del año 2008 (conf. resol. CM-987/08). Según indicó la oficial notificadora en el reverso de la cédula, el documento fue fijado en la puerta de acceso al domicilio (fs. 91 vta.).

Sentado lo expuesto, resultan ciertamente atendibles los motivos expuestos por la defensa para requerir una mínima indagación en torno al correcto cumplimiento por parte de la oficial notificador de las previsiones reglamentarias (art. 2.19, resol. CM-152/99) que la obligaban, en primer lugar, a intentar entregar el documento al requerido y sólo en su defecto a dejar debida constancia de lo sucedido y fijarlo en lugar visible; en segundo lugar, también era necesario fijar ese documento de manera efectiva, esto último teniendo en consideración el lugar y el momento en que se procedió al diligenciamiento, las 18:45 hs. del último día hábil judicial del año 2008, al que siguieron los días feriados por el fin de año.

El 17/2/2009, una vez vencido el plazo de diez (10) días que la ley otorga a la acusada para plantear su defensa, oponer excepciones y ofrecer prueba, el magistrado interviniente resolvió tener por desistida la solicitud de juzgamiento realizada (fs. 92, autos principales). Esa decisión fue notificada al mismo domicilio constituido y bajo la misma forma que la anterior ("notificación en el día"); no

obstante, esta cédula fue recibida el 18/2/2009 a las 16:50 hs. por una empleada de la empresa (fs. 93 vta., autos principales).

b) Frente a la resolución del magistrado que tuvo por desistida la solicitud de juzgamiento, la apoderada de la firma, con asistencia letrada, interpuso una revocatoria con apelación en subsidio, planteó la nulidad de la notificación, ofreció prueba al respecto y expuso ciertos argumentos sobre la presunta inconstitucionalidad del art. 31 de la ley 1217.

Tanto el juez de primera instancia —quien sostuvo, escuetamente, que la instancia se encontraba agotada y, además, indicó a la recurrente que debía hacer sus planteos jurídicos ante la instancia administrativa (fs. 118, autos principales)— como los jueces de la Cámara —quienes rechazaron la queja interpuesta por la presunta infractora ante la peculiar decisión de fs. 118— omitieron tratar las razones que dio la acusada para demostrar, en definitiva, que el proceso judicial no había fenecido. En este sentido, tampoco produjeron las pruebas ofrecidas sino que, por el contrario, sostuvieron que la multa impuesta en sede administrativa estaba firme ante la simple incomparecencia de la acusada.

Además, los miembros de la Sala II indicaron "[n]ótese asimismo que las fotocopias de las cédulas adjuntadas con el escrito de queja a fs. 1 y 12, poseen la fecha, hora de notificación y la identificación del oficial notificador en el anverso izquierdo, práctica que indica que se trata de los instrumentos que entrega el funcionario respectivo a la parte notificada, y no de los instrumentos que devuelve a la causa con el sello en el reverso indicando el resultado de la notificación, que constan en el principal a fs. 91 y 93. Ello sería indicio suficiente como para tener por acreditado que efectivamente dichos documentos han sido recibidos por la sociedad, de manera tal que le resta fundamento al planteo de nulidad efectuado" (fs. 15 de la queja).

La transcripción de este párrafo de la sentencia recurrida permite advertir cierta confusión. En la decisión se menciona que la defensa aportó las copias de las cédulas de notificación que recibió oportunamente, y no aquellas que el oficial notificador devuelve al juzgado para que sean agregadas al expediente. Esta afirmación —que, aunque a modo de *obiter*, se refiere al planteo de nulidad interpuesto— es incorrecta: las copias que la Cámara menciona como agregadas a fs. 1 y 12 no corresponden a las que en original están agregadas a fs. 91 y 93.

En efecto, la nulidad planteada se refiere al documento que está agregado a fs. 91 de los autos principales, que notifica la citación a comparecer al procedimiento judicial de faltas; sin embargo, a diferencia de lo sostenido por los camaristas, aquellas copias que aportó la empresa acusada al intentar la queja por recurso de apelación denegado (fs. 1 y 12 del incidente formado a sus efectos) reproducen las constancias que, en original, están agregadas a fs. 119 y 93 de los autos principales. Estas dos cédulas notifican a la recurrente, por un lado, la decisión que tuvo por desistida la solicitud de juzgamiento realizada por la empresa (fs. 93, en copia a

fs. 12 del incidente de queja por apelación denegada) y por otra parte, el rechazo de la reposición interpuesta (fs. 119, en copia a fs. 1 del incidente de queja por apelación denegada). En resumen, ninguna de las dos constancias aportadas por el recurrente es copia de la cédula que cuestionó por haber sido presuntamente mal diligenciada (la de fs. 91 de los autos principales).

4. Así las cosas, considero que los planteos desarrollados por la recurrente ponen en evidencia que, en las distintas instancias transitadas, se ha omitido toda consideración del planteo de nulidad de la notificación de la citación prevista en el art. 41 de la ley 1217 y, con ello, se ha privado a la parte de una decisión fundada en ley sobre el punto (conf., en sentido similar, "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 5— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Moares, Carlos Luis s/estacionar en lugar prohibido y otra —apelación—'", expte. nº 4917, resolución del 25/4/2007). En el caso, las instancias de mérito cerraron sin justificación válida toda posibilidad de que la firma acusada pudiera cuestionar la notificación practicada y, de modo indirecto, pudiera ejercer las defensas que le confiere la ley de procedimiento en materia de faltas. Todo ello, más allá del éxito que pueda tener el planteo de nulidad interpuesto por la apoderada de la firma Alimentos Tropicales Argentinos S.A., cuestión que excede el marco cognoscitivo del Tribunal por la vía intentada.

Ya he recordado en otras oportunidades (conf. mi voto en "Lewinzon, Julio s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Lewinson, Julio c/GCBA s/otras demandas c/la aut. administrativa'", expte. nº 5948, decisión del 23/3/2009 y sus citas) 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*, nº 3, pp. 641 y ss., en particular pp. 691 y ss., La Ley, Buenos Aires, 2002.

La importancia del acto procesal que cuestionó la defensa —esto es, la notificación de la citación a presentarse al procedimiento judicial de faltas— imponía la necesidad de dar curso a su planteo, producir la prueba ofrecida (o denegar fundadamente esa producción) y resolver conforme a derecho. En este sentido, la lesión constitucional al derecho de defensa en juicio apareció en el momento en que el juez de primera instancia omitió expedirse sobre la revocatoria planteada (punto 2 del "resulta"). Esta misma lesión se mantuvo cuando los integrantes de la Cámara rechazaron la queja interpuesta luego de que el titular del Juzgado PCyF Nº 15 —tácitamente— denegó la apelación interpuesta en subsidio.

5. Por las razones expuestas en los puntos anteriores, corresponde hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad deducidos y, en consecuencia, dejar sin efecto la decisión de la Cámara que está agregada a fs. 158/159 de los autos principales, así como la de primera instancia, agregada a fs. 118.

En atención a que el Tribunal, como se adelantó, no es competente en esta etapa del proceso para resolver sobre la validez de la notificación cuestionada, y atento a que los magistrados que intervinieron hasta hoy en el proceso ya han emitido opinión sobre el punto debatido en las circunstancias descriptas en los puntos precedentes, corresponde enviar la causa a las instancias de mérito a fin de que jueces distintos a los que ya han tomado intervención sobre el planteo de la defensa resuelvan, luego de practicar las diligencias que estimen corresponder, la revocatoria que está agregada, en copia, a fs. 22/31 (art. 31 de la ley 402).

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Adhiero a los fundamentos expresados y a la solución que propone el señor juez de trámite.

Sólo quiero formular algunas observaciones en un sentido coincidente con el del voto de mi colega, respecto de cuestiones que por su relevancia no pudieron ser omitidas por los jueces de mérito, omisión que invalida sus decisiones y las torna arbitrarias.

La falta de tratamiento del planteo de nulidad de la notificación a partir de la cual se denegaron las peticiones de la recurrente, tuvo como consecuencia la extinción del proceso judicial, única oportunidad para el ejercicio del derecho de defensa del recurrente (violación de una garantía constitucional).

Discrepo con la opinión del fiscal general adjunto, en cuanto afirma que Alimentos Tropicales Argentinos S.A. debió redargüir de falsedad el instrumento agregado a fs. 91. Sucede que la presunta infractora no discutía el documento citado ni su contenido, sino que ponía en crisis el procedimiento llevado a cabo por la oficial notificadora, del que las anotaciones en el texto preimpreso del reverso de la cédula no dan cuenta.

En tales condiciones y al no resolver la reposición intentada, la quejosa fue colocada en una situación de indefensión porque ni se consideró la procedencia de la prueba que aquella propusiera, ni se declaró la cuestión de puro derecho.

Así voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Coincido con el juez de trámite, Dr. José O. Casás, en que el recurso de inconstitucionalidad deducido por Alimentos Tropicales Argentinos ha sido articulado contra una sentencia definitiva —en tanto la decisión de fs. 158/159 vta. impide el trámite del proceso (*Fallos*, 137:352, 242:460, 312:2348, entre otros, cuya doctrina es *mutatis mutandis* aplicable)—, así como en que corresponde hacer lugar, pues la solución adoptada buscó apoyo en fundamentos sólo aparentes y, en cambio, omitió tratar los planteos conducentes formulados por la recurrente.

En consecuencia, corresponde hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad deducido por Alimentos Tropicales; revocar la decisión de la Sala

II de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas de fs. 158/159 vta., y remitir las actuaciones a la Cámara para que, por intermedio de jueces distintos a los que intervinieron, se dicte un nuevo pronunciamiento que atienda a las cuestiones planteadas por la recurrente en su recurso de apelación y que fueron arbitrariamente omitidas, conforme se desprende de este voto y del voto del señor juez José O. Casás.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto del señor juez de trámite, doctor José O. Casás, y coincido con la solución que propone.

El caso presenta características similares, cuando no idénticas, a otra causa de faltas que arribó a nuestro conocimiento. Me refiero concretamente al precedente "Moares", precedente en el cual, conviene recordar, los jueces de mérito cerraron cualquier posibilidad de que la presunta infractora pudiera cuestionar la notificación cursada y, de manera indirecta —en el supuesto de que su cuestionamiento triunfase—, pudiera ejercer válidamente su defensa para obtener una primera resolución *judicial* acerca de la materialidad de las infracciones imputadas, tal como el RF lo permite y la CCBA lo garantiza.

Si bien existe cierto déficit o laguna en la regulación procesal de faltas en cuanto a las normas que pueden aplicarse supletoriamente para resolver —entre otras cuestiones— acerca del modo como deben llevarse a cabo las notificaciones o acerca de las vías pertinentes para cuestionar su eficacia, lo cierto es que cualquiera sea el régimen legal que se utilice (el CPP local o el CCAyT, al que sí remite el RF para otros aspectos) lo que se busca es dotar de certeza y efectividad a las comunicaciones, porque de su adecuado y real cumplimiento depende —nada menos que— la defensa en juicio de quien se encuentra sometido a proceso.

Quien constituye un domicilio procesal asume la posibilidad de quedar notificado mediante el procedimiento ficcional autorizado por la ley (arts. 15 y 31, RF), pero esa ficción sólo opera bajo estrictas condiciones impuestas en la reglamentación (resol. CM-152/99) y en la razonabilidad que debe envolver al acto notificatorio de acuerdo a la naturaleza e importancia de la resolución o citación que se intenta comunicar. En el caso, nada se ha expresado sobre la necesidad de notificar con urgencia o "en el día" (fs. 32) el emplazamiento para comparecer ante el juez, bajo apercibimiento de considerarse desistida la solicitud de juzgamiento formalizada en sede administrativa (art. 42, RF), cuando se trataba del último día hábil del año 2008, circunstancia que hacía posible que, de no encontrarse al requerido, esta cédula quedara fijada en el acceso —o en alguno de ellos, ya que, según la infractora, tendría más de uno— de un inmueble cerrado, que funcionaba como un "depósito de pisos y materiales", con el riesgo probable de que por el paso de los días inhábiles y festivos pudiera desaparecer y se frustrara el ejercicio de defensa de la firma imputada.

Las respuestas que los magistrados de mérito den a los interrogantes planteados por la quejosa, hasta hoy desatendidos o desechados de manera arbitraria e infundada, determinarán la suerte de este proceso. Es necesario señalar, una vez más, que la circunstancia de que "no exista un régimen de notificaciones específico para la materia de faltas (al margen del art. 32 de la ley 1217), no significa que aquéllas puedan practicarse de cualquier manera y mucho menos operar en perjuicio del infractor" (*in re* "Moares").

Así lo voto.

Por ello, emitido el dictamen del fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* a la queja y al recurso de inconstitucionalidad deducidos y, en consecuencia, dejar sin efecto la decisión de la Cámara agregada a fs. 158/159 de los autos principales, así como la de primera instancia, agregada a fs. 118 de ese mismo expediente.

2º. *Reenviar* la causa a las instancias de mérito a fin de que jueces distintos a los que ya han tomado intervención sobre el planteo de la defensa resuelvan, luego de practicar las diligencias que estimen corresponder, la revocatoria que está agregada, en copia, a fs. 22/31 de este expediente.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

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

VIII

"PODER LEGISLATIVO DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES C/PODER JUDICIAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES S/CONFLICTO DE PODERES"

CONFLICTO DE PODERES: Designación de juez del Tribunal Superior de Justicia. Acumulación de procesos por conexidad. Habilitación de día y hora.

Expte. SAO nº 7046/10 - 5/2/2010

VISTO:

el expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

A fs. 1/103 se presenta el señor Vicepresidente Primero de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires —a cargo de su presidencia— y plantea un conflicto de poderes contra el Poder Judicial de la Ciudad conforme lo dispuesto en la resolución del cuerpo nº 565/LCBA/2009 que acompaña (fs. 42), "en los términos del inc. 1º del art. 113 de la Constitución de la Ciudad y el art. 11 de la ley 402 [...] por cuanto las resoluciones dictadas por éste, en el marco del expte. nº 2025/J/09, se arrogan y desconocen atribuciones y competencias que son propias de la legislatura de acuerdo con lo establecido en el art. 111 de la Constitución local".

Solicita se declare "que el Poder Judicial carece de competencia constitucional para disponer medida alguna que interfiera, altere, suspenda o de cualquier modo pueda afectar la labor de cada uno de los legisladores, de las Juntas y Comisiones que estos integran y del cuerpo en pleno de la legislatura de la Ciudad en el curso del procedimiento para evaluar la nominación y, eventualmente, prestar acuerdo, para el nombramiento de la Dra. Daniela Bruna Ugolini en el cargo de jueza del Tribunal Superior de Justicia (expte. nº 2025/J/09), dejándose sin efecto todas aquellas resoluciones judiciales que hayan sido dictadas en ausencia de la mencionada competencia constitucional"

Pide, asimismo, que se ordene la acumulación de su presentación al expte. nº 6836/09, caratulado "Poder Ejecutivo de la Ciudad de Buenos Aires c/Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires s/conflicto de poderes" por la conexidad existente, que se disponga la vigencia de la medida cautelar decidida en esas actuaciones, que se ordene la unificación de la personería de los demandados y se corra traslado de su presentación.

FUNDAMENTOS:

Los jueces Ana María Conde, José O. Casás, Luis F. Lozano y Elizabeth A. Marum dijeron:

1. El Poder Legislativo, en cumplimiento de la resolución del cuerpo (véase fs. 42), conforme lo requiere el art. 11 de la ley 402, plantea un conflicto de poderes contra el Poder Judicial. Aduce que mediante las decisiones adoptadas en diversos expedientes judiciales tramitados ante fuero CAyT (citados, por ejemplo, a fs. 47, 48 y 50) "…se ha pretendido reemplazar a la Legislatura en el ejercicio de su función privativa de control en el proceso de nombramiento de una jueza para integrar el Tribunal Superior de Justicia.// Esto, en sí mismo, constituye un avance injustificado sobre competencias propias, por un lado, pero también una indebida intromisión en el ámbito legislativo, que tiene por efecto alterar la independencia de criterio que debe tener cada legislador y hacer imposible el espacio de 'deliberación pública protegido' que exige la Corte para asegurar el principio de división de poderes" (fs. 78/79).

2. El ejercicio de la competencia que invoca el Poder Legislativo y las medidas judiciales aludidas no pueden ser cumplidas simultáneamente. "Su contenido lleva a que la ejecución de unas importe inexorablemente la frustración de las otras. En esto se aprecia el núcleo de un conflicto de poderes" (resolución del 3/11/2009, fs. 270/278 del expte. nº 6836/09 "Poder Ejecutivo de la Ciudad de Buenos Aires c/Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires s/conflicto de poderes"). Por ello, conforme a los argumentos desarrollados por el Tribunal al declarar admisible un asunto análogo, instado por el Poder Ejecutivo en el mencionado expte. nº 6836/09 (fs. 270/278), a los que cabe remitirse, corresponde tener por configurado un conflicto de poderes.

3. La relación que existe entre las pretensiones formuladas por el Poder Ejecutivo en el expte. nº 6836/09 y el Poder Legislativo en el presente, así como la identidad de las decisiones judiciales que suscitan las denuncias formuladas, conduce a declarar la conexidad de ambos procesos y ordenar acumularlos, pues la resolución de los conflictos alegados depende del análisis de las mismas cuestiones y la solución de uno supone necesariamente la del otro.

En tal contexto, ante la solicitud formulada en el punto 2 del petitorio, los efectos de la medida cautelar dictada en el expte. nº 6836/09 (fs. 187/190 y fs. 233/236 del legajo nº 6836/09) se extienden en relación con la petición del Poder Legislativo.

4. Las particularidades que registra el proceso en trámite, así como los argumentos expuestos por el Tribunal al convocar a los magistrados y al Consejo de la Magistratura para que tomen intervención en el conflicto que tramita en el expte. nº 6836/09 (fs. 270/278), no permiten admitir la unificación de personería solicitada. Se trata, en el caso de los magistrados convocados al proceso, del ejercicio de competencias personales e indelegables, e indisponibles en general, para todos los órganos involucrados.

5. Para el trámite del expediente se mantendrá la habilitación de días inhábiles dispuesta a fs. 270/278 del expte. nº 6836/09, y se establecerá un mecanismo similar al fijado en los puntos 2 y 3 del dispositivo de la resolución de fs. 349/356.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

La presentación que da inicio a estas actuaciones y las pretensiones que contiene encuadran, desde mi perspectiva, en las consideraciones que efectuara al emitir voto en el expte. nº 6836/09 (fs. 74/76, fs. 187/190, fs. 233/236 y fs. 477/493).

En esa causa señalé que no se configuraba un conflicto de poderes, por lo que propuse su rechazo *in limine* y me opuse al dictado de medidas cautelares y a su posterior extensión. Una vez más se pretende, ahora la Legislatura, que el Tribunal Superior de Justicia obstruya el ejercicio de ciertos derechos y habilite simultáneamente a otros poderes del Estado poniendo en crisis el sistema democrático y del Estado de derecho.

El procedimiento adoptado por mayoría en el Tribunal Superior de Justicia en el expte. nº 6836/09 es el pivote sobre el cual gira la acción que intenta la Legislatura. Ya señalé, con fecha 26/11/2009, que ese procedimiento es nulo de nulidad absoluta.

Por razones de brevedad, me remito y doy por reproducidos todos los fundamentos que expusiera en las oportunidades y en el proceso referido (expte. nº 6836/09). Sólo me importa enfatizar que el apartamiento de las reglas del debido proceso, la obstrucción del ejercicio de la competencia de las instancias ordinarias de la justicia local y la inevitable afectación de derechos y garantías consagradas en la Constitución Nacional, en los tratados internacionales y en la CCBA son particularmente graves cuando están posibilitadas por la intervención del máximo Tribunal de la Ciudad.

En consecuencia, voto por rechazar *in limine* la presentación efectuada en todos sus términos.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* la admisibilidad del conflicto de poderes planteado a fs. 1/103 por el Poder Legislativo de la Ciudad de Buenos Aires.

2º. *Ordenar* la acumulación de estas actuaciones al expte. nº 6836/09, "Poder Ejecutivo de la Ciudad de Buenos Aires c/Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires s/conflicto de poderes".

3º. *Correr traslado* de la presentación de fs. 1/103 por treinta (30) días corridos al Consejo de la Magistratura de la Ciudad y a los jueces a cargo de los Juzgados CAyT Nºs. 3, 4, 6 y 13.

4º. *Mantener* la habilitación de días inhábiles para la tramitación del expediente y el cómputo de los plazos dispuestos a fs. 270/278 del expte. nº 6836/09. Establecer que los escritos cuyo plazo expire en días sábados, domingos o feriados, como consecuencia de la habilitación dispuesta, podrán ser presentados durante las dos primeras horas del siguiente día en que se encuentre abierta al público la Mesa de Entradas del Tribunal. Disponer la apertura de la Mesa de Entradas del Tribunal los días sábados, domingos o feriados de 10,00 a 13,00 hs hasta el vencimiento del plazo para contestar el traslado conferido en el punto anterior.

5º. *Mandar* que se registre, se notifique y cumpla el traslado ordenado en el punto 3 mediante oficio de estilo y con copia de la presentación fs. 1/103. Ordenar, asimismo, se notifique al Poder Ejecutivo y al señor fiscal general con copia de la presentación aludida.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Elizabeth A. Marum - José O. Casás.*

IX

"PODER EJECUTIVO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES C/PODER JUDICIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES S/CONFLICTO DE PODERES"

CONFLICTO DE PODERES: Designación de juez del Tribunal Superior de Justicia. RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Legitimación. Interpretación de normas infraconstitucionales.

SUMARIOS:

1. El debate acerca de una disputa de competencias entre poderes del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en los términos del art. 113, inc. 1º, de la CCBA involucra exclusivamente el análisis e interpretación de normas y actos locales, ajenos a las causas relativas a cuestiones federales que incumbe revisar a la CSJN (arts. 116 de la C.N. y 14 de la ley 48). *(Voto de los señores jueces Ana María Conde, Luis F. Lozano y Elizabeth A. Marum).*

2. La decisión cuestionada en la que, por mayoría, este Tribunal se pronunció sobre la ausencia de la calidad de parte del recurrente, reposa en la interpretación de normas de naturaleza local, por lo que ese pronunciamiento no integra el universo de los que pueden ser revisados en la instancia recursiva federal articulada. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde, Luis F. Lozano y Elizabeth A. Marum).*

3. Cualquier afectación que este conflicto de poderes pudiera provocar en la esfera del recurrente sería indirecta y sólo podrá tener relevancia para él cuando se refleje en el expediente judicial que instó ante el fuero CAyT, oportunidad en que, una vez cumplidos el resto de los recaudos pertinentes podría el recurrente aspirar a la revisión en la vía extraordinaria ahora articulada. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde, Luis F. Lozano y Elizabeth A. Marum).*

4. La resolución cuestionada fue dictada en un caso que tiene como parte adversa y legítima al recurrente, quien expone agravios actuales, plausibles y serios que guardan relación directa e inmediata con la cuestión a decidir y con la situación del impugnante; y cuyo carácter federal y convencional (y por ende también federal) está fuera de duda. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

5. La legitimación del recurrente es manifiesta, porque es un interesado directo en el resultado de la causa en la que interpone el recurso extraordinario en análisis, pues el proceso que se iniciara ante el Tribunal Superior y las resoluciones allí adoptadas, interfieren en el derecho del recurrente a ser oído con las debidas garantías en el amparo que dedujera ante el fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. SAO nº 6836/09 - 5/2/2010

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. El abogado Enrique Fabio Grodnitzky interpone recurso extraordinario federal (fs. 627/647), contra la sentencia del Tribunal "de fecha 4 de diciembre de 2009" (*sic*), que rechazó su "pedido de nulidad de todo lo actuado" en el presente expte. nº 6836/09, caratulado "Poder Ejecutivo de la Ciudad de Buenos Aires c/Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires s/conflicto de poderes". Argumenta que existe cuestión federal "por interpretación inconstitucional de normas locales" al momento de definir este Tribunal su competencia originaria y exclusiva en los conflictos entre los Poderes de la Ciudad de acuerdo a lo establecido por el art. 113, inc. 1º, CABA (fs. 639). En sustancia sostiene que se ha vulnerado su derecho a "la participación, información, acceso a la jurisdicción, igualdad de las partes contendientes, juez natural, debido proceso adjetivo y principio republicano de división de poderes" (fs. 636 vta.); también invoca la doctrina de la gravedad institucional.

2. Del recurso se dio vista al señor fiscal general (fs. 651, punto 2) y en el dictamen de fs. 654/656 propició su rechazo.

FUNDAMENTOS:

Los jueces Ana María Conde, Luis F. Lozano y Elizabeth A. Marum dijeron:

1. El recurso extraordinario federal deducido a fs. 627/647 ha sido interpuesto en tiempo oportuno (art. 257, CPCCN), sin embargo no es admisible.

2. En estas actuaciones se debate acerca de una disputa de competencias entre poderes del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en los términos del art. 113, inc. 1º, de la CCBA. Ello involucra exclusivamente el análisis e interpretación de normas y actos locales, ajenos a las causas relativas a cuestiones federales que incumbe revisar a la CSJN (arts. 116 de la C.N. y 14 de la ley 48).

3. La propia decisión cuestionada en la que, por mayoría, este Tribunal se pronunció sobre la ausencia de la calidad de parte del Dr. Grodnitzky en este asunto, reposa en la interpretación de normas de naturaleza local, por lo que, conforme fue señalado, ese pronunciamiento tampoco integra el universo de los que pueden ser revisados en la instancia recursiva articulada por el presentante.

Las decisiones del Tribunal han dejado claro que "[e]l objeto de este proceso y el examen que tocará practicar al tiempo de emitir la resolución definitiva se limita a establecer si existe colisión entre medidas dictadas por dos poderes distintos y, si así fuera, determinar cuál debe prevalecer" (resolución del 12/11/2009). Por eso se

destacó que están en debate competencias, es decir algo indisponible para el peticionante, y no derechos pues estos, en tal supuesto, están en juego en expedientes en los que este Tribunal no interviene. A ese respecto, el Tribunal señaló que no se ha avocado a la resolución de los expedientes que suscitan el planteo del Poder Ejecutivo, entre ellos el que insta el Sr. Grodnitzky. Esas actuaciones, por tanto, siguen en trámite ante los juzgados intervinientes y no han sido paralizadas por decisión de este estrado (voto en conjunto de los Dres. Conde, Lozano y Marum a fs. 477 y del Dr. Casás, por adhesión, a fs. 485).

4. Asimismo, cualquier afectación que este conflicto de poderes pudiera provocar en la esfera del recurrente sería indirecta y sólo podrá tener relevancia para el Sr. Grodnitzky cuando se refleje en el expediente judicial por él instado ante el fuero CAyT. Recién entonces y cumplidos el resto de los recaudos pertinentes podría el recurrente aspirar a la revisión en la vía ahora articulada.

En esa línea, este Tribunal en sus diversos pronunciamientos dejó claramente a salvo el derecho del recurrente de intentar las acciones que estime pertinentes en las causa en la que es parte y explicitó que la "medida cautelar dispuesta en el marco del conflicto de poderes se limitó a permitir el desarrollo de la etapa legislativa del procedimiento de designación en curso, etapa cuyo cumplimiento no provoca consecuencias definitivas ni en relación a la materia de estas actuaciones ni a las de aquellas otras que, según se denuncia, constituyen la del proceso instado por el Sr. Grodnitzky" (fs. 478, punto 3). Expresamente se aclaró que la intervención del TSJBA en autos "no impide ni la emisión de sentencias que dicten los jueces convocados al debate, ni preanuncia su frustración" (fs. 481).

Tal es así que en el aludido proceso instado por el Dr. Grodnitzky ante el Juzgado CAyT Nº 4 se dictó sentencia (véase constancias de fs. 196/199 de este legajo) y se tramitó la apelación del GCBA (conf. consulta de expedientes del fuero CAyT en *www.jusbaires.gov.ar*).

5. Aunque el recurrente pretende habilitar la competencia revisora de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no se ocupó de abordar los aspectos reseñados. Al interponer el remedio extraordinario federal el Dr. Grodnitzky se limita a reiterar de manera genérica que la decisión impugnada le provoca un gravamen sin mostrar por qué estarían reunidos los recaudos comunes y propios del recurso impetrado.

En consecuencia, por todo lo expuesto, concordantemente con lo dictaminado por el señor fiscal general, corresponde denegar el recurso extraordinario federal interpuesto, sin costas por no haber existido sustanciación (art. 68 del CPCCN).

El juez José O. Casás dijo:

1. El recurso extraordinario federal deducido a fs. 627/647 ha sido interpuesto en tiempo oportuno (art. 257, CPCCN), sin embargo no resulta admisible por las razones que a continuación se exponen.

2. Este Tribunal, por mayoría, se ha pronunciado sobre la ausencia de la calidad de parte del Dr. Grodnitzky en este expediente, al momento de rechazar la nulidad de las actuaciones por él articulada, con fecha 26 de noviembre próximo pasado —y esa decisión, cabe aclararlo a todo evento, reposa enteramente en la interpretación de normas de naturaleza local.

Se dijo entonces que "un juez no puede tomar en cuenta un pedido de nulidad de quien ni siquiera pidió ser tenido por parte" destacando asimismo que el "presentante no es, ni podría ser, parte en el conflicto de poderes instado en autos. Las decisiones del Tribunal han dejado claro que '[e]l objeto de este proceso y el examen que tocará practicar al tiempo de emitir la resolución definitiva se limita a establecer si existe colisión entre medidas dictadas por dos poderes distintos y, si así fuera, determinar cuál debe prevalecer' (resolución del 12/11/2009). Están en debate competencias, es decir algo indisponible para el peticionante, y no derechos pues estos, en tal supuesto, están en juego en expedientes en los que este Tribunal no interviene.// En ese orden de ideas, el Tribunal destacó que no se ha avocado a la resolución de los expedientes que suscitan el planteo del Poder ejecutivo, entre ellos el que insta el Sr. Grodnitzky. Esas actuaciones siguen en trámite ante los juzgados intervinientes y no han sido paralizadas por decisión de este estrado" (voto en conjunto de los Dres. Conde, Lozano y Marum a fs. 477 y del Dr. Casás, por adhesión, a fs. 485).

3. Pues bien, en esta oportunidad, para intentar habilitar la competencia revisora de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el recurrente tampoco se ocupa de abordar correctamente esta cuestión.

La mayoría del Tribunal ha sostenido con fundamentos expresos al desestimar su planteo de nulidad que la recurrente no es parte formal y directa en este expediente. También el Tribunal ha afirmado que los derechos que como ciudadano le pueden llegar a asistir al presentante y que se estimen involucrados a raíz del procedimiento iniciado por el Poder Ejecutivo local para cubrir una vacante en el cargo de juez del Tribunal Superior de Justicia, en todo caso, pueden hacerse valer en la causa judicial en que interviene, la cual no ha sido suspendida.

Sin embargo, al interponer el remedio extraordinario federal el Dr. Grodnitzky no rebate de modo suficiente este argumento del pronunciamiento objetado, pues se limita a reiterar de manera genérica que la decisión impugnada le genera un gravamen.

Así entonces, de conformidad con la constante jurisprudencia del Tribunal cimero, el recurso intentado no satisface el requisito de contener una crítica concreta y razonada de todos y cada uno de los argumentos expuestos por los jueces de la causa al resolver y por ello debe ser desestimado (doctrina de *Fallos,* 324:1860, 325:924 y 325:1145, entre muchos otros).

Además, parece oportuno añadir que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que no está habilitado para interponer el recurso previsto por el art. 14 de la ley 48 quien no reviste la calidad de parte formal y directa

en el proceso, aun cuando alegue tener un gravamen configurado por la decisión impugnada (conf. doctrina de *Fallos,* 69:387; 211:313 y 322:2139).

En virtud de lo expuesto entiendo que el recurso extraordinario deducido debe ser denegado. Sin costas por no haber existido sustanciación.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso extraordinario federal interpuesto por el Sr. Grodnitzky satisface los requisitos de tiempo y forma.

La impugnación cumple con los recaudos previstos en la acordada CSJN 4/07 y está dirigida contra una sentencia definitiva emanada del tribunal superior de la causa.

2. La resolución cuestionada fue dictada en un caso que tiene como parte adversa y legítima al recurrente, quien expone agravios actuales, plausibles y serios que guardan relación directa e inmediata con la cuestión a decidir y con la situación del impugnante; y cuyo carácter federal y convencional (y por ende también federal) está fuera de duda.

3. La legitimación del recurrente es manifiesta, porque es un interesado directo en el resultado de la causa en la que interpone el recurso en análisis. En efecto, este proceso que se iniciara ante el Tribunal Superior y las resoluciones allí adoptadas, interfieren en el derecho del Sr. Grodnitzky a ser oído con las debidas garantías en el amparo que dedujera ante el fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad.

4. Entiendo que la concesión del recurso extraordinario federal es, a esta altura del trámite del expediente, la única vía de efectivizar el derecho a la tutela judicial del recurrente, deber que me corresponde asumir como jueza de un Estado de derecho constitucional **.** Así voto

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal interpuesto a fs. 627/647. Sin costas.

2º. *Mandar* que se registre y se notifique.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Elizabeth A. Marum - José O. Casás.*

X

"DOMÍNGUEZ, LUIS MARÍA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'DOMÍNGUEZ, LUIS MARÍA C/GCBA (HOSPITAL GENERAL DE AGUDOS ENRIQUE TORNÚ) Y OTROS S/DAÑOS Y PERJUICIOS'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional. Cuestiones de hecho y prueba. Arbitrariedad de sentencia. Beneficio de litigar sin gastos. Exención de depósito.

SUMARIOS:

1. El recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad 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 de la señora jueza Alicia E. Ruiz. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde).*

2. El quejoso omite toda crítica al auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad; y el incumplimiento de esa carga, no se suple con la transcripción íntegra de la decisión del tribunal superior de la causa en el cuerpo de la queja, ni con la reproducción íntegra de los agravios del recurso denegado. *(Véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. Los profusos desarrollos vertidos por la recurrente no poseen entidad suficiente para acreditar que la sentencia objetada no constituya una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias comprobadas de la causa *(Voto del señor juez José O. Casás).*

4. Los planteos relativos a la invocada arbitrariedad en que habrían incurrido los jueces de la causa al valorar las pruebas producidas en estos actuados sólo logran poner de resalto el desacuerdo del actor con el alcance probatorio asignado a la historia clínica acompañada —que, a su criterio, resultaba suficiente para atribuir responsabilidad a los profesionales intervinientes en atención a la deficiente consignación de datos que ostentaba— mas no resultan idóneos para demostrar la absoluta inconsistencia de los razonamientos que sostienen el pronunciamiento atacado. *(Voto del señor juez José O. Casás. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. En atención a que el recurrente acreditó haber iniciado un incidente de beneficio de litigar sin gastos, corresponde diferir la cuestión relativa al depósito del art. 34 de la ley 402 hasta tanto se resuelva la concesión o la denegatoria de la carta de pobreza antes aludida. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. SACAyT nº 6585/09 - 10/2/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Luis María Domínguez promovió demanda contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Hospital General de Agudos Enrique Tornú, en adelante GCBA) por la suma de pesos doscientos ochenta y cuatro mil seiscientos ochenta ($ 284.680), en concepto de daños y perjuicios producidos —según afirmó— por el incorrecto y prolongado entubamiento endotraqueal que se le practicó al ingresar en dicho nosocomio con un cuadro de infarto agudo de miocardio con shock cardiogénico. Las sumas que reclamó corresponden a daño patrimonial (comprensivo de los rubros incapacidad sobreviniente, gastos médicos y de farmacia, tratamiento futuro, daño estético y daño psíquico) y a daño moral (fs. 1/21 vta.).

2. Una vez declarada la incompetencia del fuero civil para entender en la causa y recibidas las actuaciones en el fuero Contencioso Administrativo y Tributario local (fs. 31 y fs. 41 de los autos principales), el GCBA opuso excepción de prescripción —que requirió fuera tratada conjuntamente con la cuestión de fondo— y contestó demanda solicitando su rechazo (fs. 94/119 vta. y fs. 135 de los autos principales).

3. La jueza de primera instancia falló —en lo que importa a esta queja— "…Rechazando la demanda instaurada en todas sus partes. 3. Imponiendo las costas al actor, en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 62, CCAyT)…". Así resolvió, por considerar que "… no se ha acreditado la mala praxis que se imputa a los facultativos del Hospital Tornú, de modo que no ha sido probado el nexo causal que une el resultado dañoso con la conducta de los médicos que asistieron al actor en dicho establecimiento…" (fs. 22/23).

4. Dicha decisión fue apelada —en lo que interesa a esta queja— por el actor, quien expresó agravios a fs. 25/32. Fundamentalmente, sostuvo que: *a)* el *a quo* no tuvo en cuenta que el peritaje médico fue completado con la contestación a las impugnaciones efectuadas por su parte; *b)* no se encontraban registradas en la historia clínica —según lo manifestado por el experto— las distintas medidas llevadas a cabo para el adecuado cuidado del tubo endotraqueal, ni tampoco se hacía referencia allí al tipo de tubo utilizado, tamaño y detalle de cuidados de éste; sí, existían registros del recambio del tubo en algunas oportunidades; por lo que resultando la historia clínica del paciente una prueba sustancial en casos de mala praxis, era inaudito que, en el caso, no se hubiera registrado si se tomaron o no las medidas necesarias e indispensables para el cuidado del tubo endotraqueal; *c)* era responsabilidad del galeno informar y llevar a cabo las especificaciones técnicas del caso, no pudiendo presumirse su existencia sobre la base de errores

de registración; *d)* fue el propio experto quien manifestó "… se informa del no registro de lo que se debería (…) haber hecho, no se dice que no se registró lo que se hizo…" (fs. 30 vta.).

5. La Sala II de la Cámara CAyT, previa contestación por parte del GCBA de los agravios planteados por el actor (fs. 400/404 de los autos principales) confirmó, en lo que importa a esta queja, la sentencia apelada (fs. 47/53 vta.).

Para así decidir, ponderó el peritaje médico practicado en autos, las declaraciones testimoniales prestadas, así como la historia clínica del actor. En este sentido, y frente a lo aducido por el recurrente en relación a la falta de registración en su historia clínica de los cuidados del tubo endotraqueal que produjeron los daños en su laringe, señaló que el informe médico había claramente mencionado que tampoco se habían descripto en ella los factores de riesgo del paciente, con excepción de dos que se infirieron de sus antecedentes: obesidad y esplenectomía previa (que hacían al paciente mucho más susceptible a una infección general o local). De ello dedujo, de acuerdo a lo informado por el experto, relativo a que las falencias de registro en las historias clínicas eran "lamentablemente frecuentes", que tal afirmación hacía "… suponer que es habitual en la práctica médica a los fines de completar el historial del paciente, que ciertas circunstancias no sean descriptas…". A lo que añadió que "… sin embargo, el normal devenir de los acontecimientos no permite presumir que no se llevaron a cabo, por ejemplo en el caso, la higiene del tubo endotraqueal…" dado el cuadro complicado con el que ingresó el paciente al nosocomio que requirió actuar rápidamente (infarto agudo de miocardio con shock cardiogénico), a la circunstancia de que permaneció intubado dieciocho (18) días, lapso durante el cual los galenos debieron mantener al actor en condiciones médicas estables a efectos de poder ventilarlo y a que la intubación efectuada al actor acarreaba de por sí serias complicaciones propias de un método tan invasivo como éste. Agregó, también, que lo dicho no implicaba, en modo alguno, avalar la ausencia de datos o detalles que pudieran guardar cualquier grado de relevancia para la confección del historial médico, pero que esa omisión en la descripción —por lo demás frecuente en la práctica médica— no podía generar por sí sola convicción suficiente acerca de que los hechos de autos ocurrieron de la forma que sostenía el actor. Concluyó, por tanto, en que "… en el caso no se ha constatado, de acuerdo al despliegue probatorio efectuado por las partes, un actuar negligente de los médicos tratantes, por el contrario, se deduce un actuar propio de una emergencia y del estado crítico del demandante…".

6. Disconforme con la solución adoptada por la alzada, el actor dedujo contra ella recurso de inconstitucionalidad (fs. 54/79).

Centró sus agravios en: *1)* la afectación de derechos y garantías constitucionales (derecho de defensa en juicio, de autonomía e inviolabilidad individual, de protección de la salud y a la salud integral, de propiedad); *2)* la violación de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la apreciación de la

prueba según las reglas de la sana crítica, carga de la prueba, el valor probatorio de la historia clínica y el principio de congruencia procesal; *3)* la arbitrariedad de la sentencia, al haberse apartado la resolución impugnada de las probanzas arrimadas en estos actuados, incurriendo en el absurdo al omitir derechamente elementos probatorios rendidos o interpretar incomprensiblemente otros que la propia Cámara citaba, sin hacer mérito de alguno de ellos, ni fundamentar tal proceder; y *4)* la incorrecta interpretación de los hechos y prueba producidas en autos que importó una improcedente interpretación y aplicación de los arts. 17, 18, 19 y 42 de la C.N., y de los arts. 12, incs. 5º y 6º, 13, inc. 3º y 20 de la Constitución local. Las conclusiones de la alzada —según afirmó— no resultan de las pruebas concretas y precisas rendidas en autos, sino que "… son fruto de su error al analizar los elementos corroborativos reunidos por las partes y, en particular de los aportados por mi representada, todo lo cual ha derivado en un resultado incoherente, configurativo del absurdo denunciado…" (fs. 78 vta.).

7. Luego de contestado por el GCBA el traslado de los fundamentos vertidos por el actor en el recurso de inconstitucionalidad que articulara (fs. 446/449 vta. de los autos principales), dicho recurso fue declarado inadmisible por la Cámara de Apelaciones por considerar que no se configuraba la existencia de un caso constitucional, ni un supuesto de sentencia arbitraria (fs. 24 y vta.).

8. Ante ello, el actor planteó la queja que suscita la intervención de este Tribunal (fs. 80/109 vta.).

En resumidas cuentas, reiteró argumentos vertidos en oportunidad de interponer el recurso de inconstitucionalidad respectivo: la arbitraria y errada apreciación de los elementos probatorios rendidos en autos, en especial del peritaje médico, que impidieron a la alzada tener por acreditada la culpa de los médicos intervinientes.

9. Requerido su dictamen, el fiscal general adjunto propició el rechazo de la queja por no "… demostrarse la existencia de causa constitucional en la doctrina que tiene elaborada V.E…", ni configurarse un supuesto de sentencia arbitraria (fs. 124/126).

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso directo interpuesto por el Sr. Luis María Domínguez (fs. 80/109 vta.) fue deducido en tiempo y forma. Sin embargo, no puede ser admitido.

2. 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.

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 actor, pese a su extensión, no contiene una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. TSJBA *in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa 665-CC/00— 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. El quejoso, directamente omite toda crítica al auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad; el incumplimiento de esa carga, desde luego, no se suple con la transcripción íntegra de la referida decisión del tribunal superior de la causa en el cuerpo de la queja, ni con la reproducción íntegra de los agravios del recurso denegado.

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 porque en el escrito de interposición del recurso de queja por denegación del recurso extraordinario, el apelante se debe hacer cargo de las razones que fundaron la denegatoria, pues de lo contrario la presentación directa estaría privada del fundamento mínimo tendiente a demostrar su procedencia.

3. Lo manifestado en el punto anterior sella la suerte del recurso directo que sólo puede ser rechazado.

En consecuencia, voto por no hacer lugar al recurso de queja interpuesto y diferir la integración del depósito previsto en el art. 34 de la ley 402 hasta tanto se resuelva definitivamente el trámite de beneficio de litigar sin gastos.

El juez José O. Casás dijo:

1. Coincido con la solución que propicia la señora jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz, consistente en rechazar el recurso de queja interpuesto por la parte actora a fs. 80/109 vta. Ello así, toda vez que, en mi concepto, la quejosa no ha logrado configurar un caso constitucional en los términos del art. 113, inc. 3º, de la CCBA.

2. Si bien la recurrente invoca la vulneración de diversos derechos y garantías reconocidos constitucionalmente —derecho de propiedad (arts. 17, C.N. y 12, inc. 5º, CCBA), de autonomía e inviolabilidad individual (art. 19, C.N.), de protección a la salud y a la salud integral (arts. 42, C.N. y 20, CCBA) y de defensa en juicio (arts. 18, C.N. y 12, inc. 6º, y 13, inc. 3º, CCBA)—, los planteos esgrimidos únicamente postulan la arbitrariedad de sentencia de la Sala II que, en lo que aquí

importa, confirmó el pronunciamiento de primera instancia que había rechazado la demanda de daños y perjuicios entablada por el Sr. Luis María Domínguez por las lesiones y padecimientos que sufriera a raíz de las intubaciones traqueales que le fueron practicadas en el Hospital General de Agudos "Enrique Tornú" mientras estuvo internado por un infarto agudo de miocardio en los meses de octubre y noviembre de 1996.

Sucintamente, la recurrente se agravia de la referida decisión en cuanto allí se afirmó que no había quedado demostrada la relación causal entre los daños comprobados en el actor y el accionar médico de los dependientes del hospital demandado y, asimismo, en tanto allí se sostuvo que no se había logrado acreditar de manera acabada la culpa de los galenos intervinientes. Expresó que los jueces de la causa efectuaron una interpretación absurda y arbitraria de las pruebas producidas en autos, alejándose de las reglas de la sana crítica. En particular, sostuvo que en la pericia médica se habían detallado las medidas de cuidado que debían adoptarse en pacientes intubados y que, en el caso, tales prevenciones no figuraban asentadas en la historia clínica; circunstancia que únicamente podía probar la falta de diligencia de los profesionales de la salud.

3. Ahora bien, en mi concepto, los profusos desarrollos vertidos por la recurrente no poseen entidad suficiente para acreditar que la sentencia objetada no constituya una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias comprobadas de la causa (*in re* "Mellicovsky, Lidia B. y otro s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Mellicovsky, Lidia B. y otro c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'"; expte. nº 3735/04, sentencia del 6/7/2005, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. VII-A, pp. 669 y ss., entre otros).

En primer lugar, corresponde señalar que, más allá del acierto o error de algunas expresiones vertidas en la sentencia de primera instancia a la hora de concluir que en el caso no se había logrado demostrar el nexo de causalidad entre el efecto dañoso y el hecho que generaría la responsabilidad del GCBA, lo cierto es que en aquel pronunciamiento y puntualmente en la sentencia de la Sala II que confirmó la solución allí adoptada, los magistrados intervinientes hicieron hincapié en que no se había logrado acreditar otro de los presupuestos básicos de procedencia que consideraron necesario para determinar en el caso la responsabilidad estatal por su actividad ilícita, esto es, la *falta de servicio* en que habrían incurrido los profesionales de la salud que asistieron al señor Domínguez en el Hospital "Enrique Tornú".

A este respecto, cabe mencionar que los planteos relativos a la invocada arbitrariedad en que habrían incurrido los jueces de la causa al valorar las pruebas producidas en estos actuados sólo logran poner de resalto el desacuerdo del actor con el alcance probatorio asignado a la historia clínica acompañada —que, a su criterio, resultaba suficiente para atribuir responsabilidad a los profesionales intervinientes en atención a la deficiente consignación de datos que ostentaba— mas no resultan idóneos para demostrar la absoluta inconsistencia de los razonamientos que sostienen el pronunciamiento atacado.

En este punto, se advierte que los magistrados de la Sala II entendieron que en el *sub examine* no se había logrado acreditar un actuar negligente de los médicos tratantes a partir de un examen integral de los diversos elementos probatorios producidos en la causa. En particular, el tribunal *a quo* ponderó la presunción que invoca la actora relativa a la historia clínica de cara a otras pruebas que se estimaron conducentes, como aquellas que daban cuenta del estado de salud crítico con el que ingresó el actor a ese nosocomio y que ponían de resalto su condición de paciente de alto riesgo, como así también las que informaban que las desafortunadas afecciones padecidas resultan ser complicaciones propias de un método invasivo como el que le debió ser practicado, entre otras.

Así las cosas, los agravios esgrimidos sólo proponen una diferente valoración de las cuestiones de hecho y prueba involucradas en la causa, sin considerar que este Tribunal ya ha sostenido en numerosas ocasiones que la discrepancia del recurrente con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que su sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria [conf. este Tribunal, *in re* "Federación de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción de inconstitucionalidad", expte. nº 49/99, resolución del 25/8/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. I, pp. 282 y ss., entre otros].

Asimismo, resulta oportuno 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 desaciertos y 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 motivos expuestos, corresponde rechazar el recuso de queja interpuesto a fs. 80/110. En atención a que el recurrente acreditó haber iniciado un incidente de beneficio de litigar sin gastos, corresponde diferir la cuestión relativa al depósito del art. 34 de la ley 402 hasta tanto se resuelva la concesión o la denegatoria de la carta de pobreza antes aludida. Hágase saber al quejoso que, dentro del quinto día de notificado, deberá comunicar al Tribunal el contenido de la decisión final que recaiga en el trámite del beneficio de litigar sin gastos que invocara (conf. este Tribunal *in re* "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Feng Chen Chih s/art. 40 CC —apelación'" expte. nº 2212, resolución 11/6/2003, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, t. V, pp. 376 y ss., entre otros).

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

I. El recurso de queja interpuesto por la parte actora fue deducido en forma y tiempo oportuno (art. 33, ley 402). Sin embargo no puede ser admitido.

II. En su queja, el actor entiende cumplidos los recaudos formales pautados en nuestro sistema normativo para el recurso que intenta y, tras ello, reproduce los argumentos con los que intentara sustentar el recurso de inconstitucionalidad; pero no toma a su cargo lo dicho por la Cámara respecto de la deficiente fundamentación

constitucional de su planteo, recaudo que no puede considerarse satisfecho por la mera reproducción de su contenido.

En este sentido, tal como lo advierte la señora jueza de trámite, el escrito del recurrente 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.

La Cámara consideró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad planteado por la actora porque entendió que su fundamentación —en tanto no superó el plano de la invocación genérica de disposiciones constitucionales— no planteó una argumentación sólida, clara y precisa respecto de la relación entre la decisión impugnada y los derechos y garantías presuntamente vulnerados y porque la arbitrariedad que atribuyera a la decisión se fundó en la mera disconformidad de la apelante con la interpretación hecha por el tribunal respecto de la prueba producida para establecer que: "…no existió responsabilidad del Estado en virtud del actuar de los médicos del Hospital Tornú, por cuanto se verifica de parte de los profesionales un actuar diligente, propio de una emergencia y del estado crítico en que se hallaba el demandante" (resolución de fs. 451/452).

III. La argumentación que sustenta la queja del actor se sostiene, predominantemente, en cuestiones fácticas y probatorias ajenas, por regla, al recurso ahora intentado. En efecto, los fundamentos que desarrolla el extenso escrito fincan en torno a la mala práctica médica efectuada al realizar el entubamiento necesario para superar la situación crítica del actor al momento de su ingreso al hospital y las posteriores decisiones médicas hasta la oportunidad del alta. En suma, y ello resulta incluso admitido por el recurrente (fs. 425 vta.), se trata de cuestiones de hecho y prueba, cuya naturaleza infraconstitucional no habilita el tratamiento del remedio excepcional que se intenta.

Como sostuvo el Tribunal en varios precedentes "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" [TSJBA, *in re* "Falbo de Martínez, Palmira s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Falbo de Martínez, Palmira c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 1923/02 sentencia del 19/2/2003]. En este caso, más allá de su acierto o error, la sentencia de la Cámara se encuentra suficientemente fundada a partir de circunstancias comprobadas de la causa. Por consiguiente, no se logra demostrar la alegada arbitrariedad en la valoración de las pruebas que resulta el sostén del agravio principal del recurrente.

IV. En suma, la presentación en análisis 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, ley 402. Dichos escritos sólo incluyen un reproche genérico de la sentencia recurrida, así como la mera mención de disposiciones constitucionales, sin involucrar una cuestión constitucional (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. nº 1465/02, resolución del 24/4/2002; "Cavalleri de Goldberg, Marta Raquel s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Cavalleri de Goldberg, Marta Raquel c/GCBA s/empleo público no cesantía ni exoneración'", expte. nº 1309/01, resolución del 6/3/2002 y sus citas).

La referencia ritual a derechos constitucionales, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente para fundar un recurso como el denegado, ya que si bastara como fundamentación 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. nº 131/99, resolución del 23/2/2000, en: *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. II, pp. 20 y ss.).

Por las consideraciones expuestas precedentemente, voto por rechazar el recurso de queja interpuesto. La integración del depósito previsto en el art. 34 de la ley 402 queda diferida hasta tanto se resuelva definitivamente el trámite de beneficio de litigar sin gastos.

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 planteado por Horacio Raúl Peluffo.

2º. *Diferir* la integración del depósito previsto en el art. 34 de la ley 402 hasta tanto se resuelva definitivamente el trámite de beneficio de litigar sin gastos.

3º. *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 - José O. Casás.*

XI

"ALCINO, VALERIA FABIANA C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/CONFLICTO DE COMPETENCIA"

CONFLICTO DE COMPETENCIA: Clausura de establecimiento. AMPARO: Acto de autoridad pública. Instituto de enseñanza. Competencia del fuero Contencioso Administrativo y Tributario.

SUMARIO:

1. Dado que el núcleo de la pretensión está básicamente orientado a determinar que la actividad que se cumple en el establecimiento corresponde a un "Instituto de Enseñanza" y no a una "Escuela Infantil", el objeto del amparo

excede lo atinente a las faltas vinculadas a la habilitación de la actividad, y a la seguridad e higiene que motivaron la primera clausura y la intervención de la Unidad de Faltas Especiales, de modo que rige en estas actuaciones el principio general de atribución de competencia en amparos dirigidos contra autoridades públicas de la Ciudad y, consecuentemente corresponde al conocimiento de la justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario (art. 7º, ley 2145). *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y José O Casás).*

Expte. SAO nº 7008/10 - 10/2/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Sra. Valeria Fabiana Alcino interpuso acción de amparo y medida cautelar contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires ante la justicia Contencioso Administrativo y Tributario, "atento que ha dispuesto la clausura preventiva parcial del Instituto de Enseñanza Artística 'Germinarte'" —de la cual invoca ser titular—, a fin de que "(...) *a)* ordene el levantamiento total de dicha clausura; *b)* ordene al GCBA se abstenga de volver a clausurar el mencionado 'Instituto de Enseñanza' con el argumento que en dicho establecimiento funciona una 'Escuela Infantil'" (fs. 1).

2. A fs. 97/98, el señor fiscal en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 3, propició la incompetencia del fuero —por aplicación de la doctrina que el Tribunal fijara en la causa "Mercado Romero"— por considerar que "de la lectura de la causa surge de manera clara que el amparista pretende el levantamiento de la clausura impuesta en su establecimiento (por 'violación de la clausura como Escuela Infantil') como consecuencia del incumplimiento de la disposición DGFYC-2908/09 convalidada por la Unidad Administrativa de Atención de Faltas Especiales Nº 14, en el marco del legajo 48.966/UAFFE/09".

3. A fs. 100, el señor juez en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 11, declaró la incompetencia del juzgado para entender en las actuaciones con apoyo en las razones expresadas en el dictamen del Ministerio Público aludido en el punto precedente.

4. El señor fiscal en lo Penal, Contravencional y de Faltas, a cargo del Equipo Fiscal "B" de la Unidad Fiscal Norte opinó "que la petición principal del amparista radica en que se le ordene al Gobierno de la Ciudad que se abstenga de imponer nuevas clausuras sobre el local, mediante la prohibición de la interpretación referida, lo que con claridad excede la competencia de este fuero en materia de amparo", conforme art. 7º de la ley 2145.

5. A fs. 108/109, el señor juez en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 27, se declara incompetente y dispone remitir el expediente al fuero Contencioso Administrativo y Tributario, por aplicación de la regla general de atribución de competencia establecida por la ley 2145 (art. 7º).

6. A fs. 110 el juez que previno insistió con la declaración de incompetencia decretada y ordenó remitir las actuaciones al Tribunal.

7. A fs. 113/115 el señor fiscal general opinó que "correspondería declarar la competencia del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 11" de acuerdo a lo establecido por el art. 7º de la ley 2145.

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. En primer lugar, el conflicto de competencia traído a decisión no encuadra en el criterio fijado por el Tribunal en expte. nº 5506/07 "Mercado Romero, Heriberto Román c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia" (resolución del 25/10/2007).

En efecto, la cuestión introducida por la amparista no deriva de una decisión de la Unidad de Control de Faltas —o de Faltas Especiales en el caso de autos—, requisito que conforme al precedente citado atribuye el conocimiento de la causa al fuero Penal, Contravencional y de Faltas.

2. Según la demanda, el núcleo de la pretensión está básicamente orientado a determinar que la actividad que se cumple en el establecimiento "Germinarte" corresponde a un "Instituto de Enseñanza" y no a una "Escuela Infantil" (véase fs. 1 vta./11 y anexos documentales).

El objeto de este amparo, entonces, excede lo atinente a las faltas vinculadas a la habilitación de la actividad, y a la seguridad e higiene que motivaron la primer clausura (véase fs. 64/65) —que fuera oportunamente levantada aunque en forma parcial (véase fs. 74)— y la intervención de la Unidad de Faltas Especiales Nº 14 (véase fs. 71 y 72). Como dice la amparista, se trata de evaluar lo que concierne al "encuadre que ciertas áreas del GCBA otorgan a las actividades de 'Germinarte'" (véase fs. 10 y vta. y fs. 14), concretamente las áreas de la Dirección General de Fiscalización y Control (véase, entre otras, el acta del 11/12/2009 obrante a fs. 78/81) y de la Dirección General de Habilitaciones y Permisos del GCBA (véase constancias de fs. 51 y 53).

La actora denuncia que se ve sometida de "hecho" a la imposibilidad de organizar talleres artísticos con participación de menores de cinco años en el establecimiento del que es titular. Agrega que, como consecuencia del modo en que fuera calificada la labor que cumple por distintas áreas gubernamentales, si continuara con su actividad podría ser objeto de nuevas clausuras. Por fin, destaca que la persistencia de la actual situación en la que se encuentra frustra un proyecto artístico novedoso y le acarrearía graves perjuicios económicos (fs. 9 vta. y 10). De forma harto elocuente expresa: "(...) la pluralidad de organismos del GCBA

interviniendo sin que ninguno resuelva sobre el fondo del asunto, ha provocado que me resulte imposible comprender los alcances de las decisiones emanadas del GCBA. Lo que es más, ante la falta de definición de lo que me está permitido y lo que no, he resuelto no iniciar en el año 2010 las actividades con niños menores a 5 años hasta tanto una autoridad judicial aclare el panorama legal, para evitar perjuicios adicionales a los que ya estoy sufriendo" (fs. 12 y vta.).

3. El análisis precedente me lleva a la conclusión de que rige en estas actuaciones el principio general de atribución de competencia en amparos dirigidos contra autoridades públicas de la Ciudad y, consecuentemente corresponde al conocimiento de la justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario (art. 7º, ley 2145).

4. Por ello, corresponde declarar la competencia del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 11. Así voto.

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

Nos adherimos al voto de la jueza Alicia E. C. Ruiz.

Por ello, concordantemente con 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 11 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 27 y se remita el proceso al juzgado declarado competente.

El juez Luis F. Lozano no firma por estar con licencia.

Fdo.: *Ana María Conde - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás.*

XII

"OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES C/GCBA S/OTROS PROCESOS INCIDENTALES S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES:
Caso constitucional. Relaciones interadministrativas.
Arbitraje obligatorio. Tutela judicial efectiva. Acceso a la justicia.

SUMARIOS:

1. ObSBA no puede acudir a la instancia judicial sin haber transitado previa y necesariamente la vía arbitral prevista en el art. 27 de la ley 472, que reconoce

"naturaleza interadministrativa" a las relaciones entre ella y el GCBA, e instaura al "arbitraje" como mecanismo de resolución de los conflictos que se susciten entre ambos, con carácter "obligatorio". *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. La justicia local carece actualmente de competencia para entender en un conflicto de naturaleza interadministrativa entre ObSBA y el GCBA, que debe ser sometido previamente a un procedimiento de arbitraje obligatorio (conf. art. 27 de la ley 472), sin perjuicio de que el laudo arbitral que se dicte puede ser objeto de una futura impugnación judicial. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. No se advierte que esté afectado el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, ya que la intervención de la Justicia en esta etapa del conflicto —cuando aún no se realizó el arbitraje obligatorio— resulta a todas luces prematura. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

4. La referencia a principios y preceptos constitucionales, sin un adecuado desarrollo que los vincule con las cuestiones debatidas en el proceso, carece de entidad para que se considere que la controversia trata sobre la interpretación o aplicación de normas contenidas en la Constitución (art. 113, inc. 3º, CCBA). *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. SACAyT nº 6719/09 - 12/2/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, ObSBA) promovió demanda contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, GCBA) por cobro de las sumas adeudadas en concepto de aportes y contribuciones por haberes de sus agentes —afiliados a la ObSBA— incorrectamente liquidados por el empleador como no remunerativos, correspondientes a los meses de enero de 2003 ($ 627.711,75) y febrero de 2003 ($ 628.039,47), más los intereses correspondientes (fs. 1/11).

2. El Sindicato Único de Trabajadores de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, Sutecba) se presentó, pidió ser considerado como parte actora y adhirió en todos sus términos a la demanda incoada por la ObSBA (fs. 23).

3. La Fiscalía de primera instancia, en sendos dictámenes, consideró que el juzgado interviniente no era competente para decidir la procedencia de la ejecución intentada por la ObSBA (dictamen de fs. 12), y que *prima facie* no se advierte que Sutecba se encuentre legitimada activamente para efectuar contra el GCBA un reclamo patrimonial como el deducido en autos (fs. 26/30).

4. El señor juez de primera instancia resolvió declararse competente para entender en las presentes actuaciones, tener por parte a Sutecba e intimarla para que en el plazo de diez días adecue su presentación conforme lo estipulado por el art. 269 CCAyT (fs. 37/41).

5. A fs. 42 vta. la señora fiscal de primera instancia apeló la resolución, recurso que fue fundado por la señora fiscal de Cámara a fs. 43/46.

El traslado conferido respecto de la expresión de agravios realizada por el Ministerio Público Fiscal fue contestado por la ObSBA (a fs. 47/51) y el GCBA (a fs. 52/53).

6. La Sala I de la Cámara CAyT resolvió "...(H)acer lugar parcialmente al recurso de apelación y, en consecuencia, modificar el pronunciamiento apelado estableciendo que —dada la naturaleza interadministrativa de la relación jurídica entre la ObSBA y el gobierno— el conflicto entre ambos no suscita un caso judicial; confirmándolo en cuanto a la legitimación de Sutecba para instar la pretensión..." (fs. 54/60).

7. Contra dicha decisión, la ObSBA interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 63/72), que fue contestado por el GCBA (fs. 86/95).

La Sala I de la Cámara concedió el recurso de inconstitucionalidad por considerar adecuadamente fundado el caso constitucional basado en la eventual afectación del derecho a la tutela judicial efectiva (fs. 102).

8. El señor fiscal general adjunto, en su dictamen, propició que se declare mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la ObSBA (fs. 109/112).

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. El recurrente considera que la decisión de Cámara ha violado su derecho a la tutela judicial efectiva, ya que le impide acceder a la justicia para que allí se resuelva el conflicto patrimonial de autos.

El art. 27 de la ley 472 establece que "(L)as relaciones entre la Obra Social y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires tienen naturaleza interadministrativa y bajo tal encuadramiento, las diferencias o conflictos que pudieran suscitarse entre la Entidad y el Gobierno deberán dirimirse en un procedimiento de arbitraje obligatorio".

Dicha norma les reconoce "naturaleza interadministrativa" a las relaciones entre la ObSBA y el GCBA, e instaura al "arbitraje" como mecanismo de resolución de los conflictos que se susciten entre la ObSBA y el GCBA, con carácter "obligatorio". Por lo tanto, la ObSBA no puede acudir a la instancia judicial sin haber transitado previa y necesariamente la vía arbitral prevista en la norma citada.

La obligatoriedad del arbitraje no impide que el laudo arbitral que se dicte pueda ser impugnado y revisado judicialmente, ya que:

a) no existe ninguna norma legal que impida la revisión judicial del laudo arbitral;

b) la ley 472 contempla expresamente la posibilidad que la ObSBA demande judicialmente al GCBA (conf. art. 12, inc. c).

c) la condición de "ente público *no estatal*" habilita a la ObSBA a litigar judicialmente contra el GCBA, sin afectar el principio de unidad en la acción del Estado;

d) la impugnabilidad judicial del laudo arbitral constituye una lógica derivación del principio de tutela judicial efectiva, que garantiza el acceso a la justicia a todo sujeto de derecho; y

e) la jurisdicción arbitral es de interpretación restrictiva en razón de la excepcional competencia que le es confiada y que le permite conocer en cuestiones que normalmente les correspondería decidir a los jueces (CSJN, 8/5/2007, "Techint Compañía Técnica Internacional SACE e I. c/Empresa Nuclear Argentina de Centrales Eléctricas en liquidación y Nucleoeléctrica Argentina S.A." *LL*, 2007-D, 262). De tal manera, el laudo arbitral que se dicte puede ser impugnado judicialmente mediante las acciones pertinentes, ante los tribunales ordinarios de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (conf. art. 28 de la ley 472).

2. En virtud de estos fundamentos, cabe concluir —como acertadamente sostiene la Cámara en la sentencia recurrida— que la Justicia local carece actualmente de competencia para entender en este conflicto, que debe ser sometido previamente a un procedimiento de arbitraje obligatorio (conf. art. 27 de la ley 472), sin perjuicio de destacar que el laudo arbitral que se dicte podrá ser objeto —si alguna de las partes lo considera pertinente—de una futura impugnación judicial.

No se advierte que esté afectado en este caso el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, ya que la intervención de la Justicia en esta etapa del conflicto —cuando aún no se realizó el arbitraje obligatorio— resulta a todas luces prematura.

Cabe descartar, entonces, la existencia del caso constitucional requerido por el art. 27 de la ley 402, ya que el recurso de inconstitucionalidad no logra conectar de manera directa los agravios que a su criterio le provoca la sentencia impugnada con la aplicación de las reglas constitucionales mencionadas.

La referencia a principios y preceptos constitucionales, sin un adecuado desarrollo que los vincule con las cuestiones debatidas en el proceso, carece de entidad para que se considere que la controversia trata *sobre la interpretación o aplicación de normas contenidas en la Constitución* (art. 113, inc. 3º, CCBA), pues, como lo ha señalado el Tribunal desde sus inicios, "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. nº 131/99, sentencia del 23/2/2000, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. II, pp. 20 y ss.).

3. Por lo expuesto, voto por declarar que no se ha planteado en autos una cuestión constitucional que el Tribunal deba decidir. Con costas a la ObSBA, por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 62, CCAyT).

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Adhiero a los fundamentos vertidos por la señora jueza de trámite.

2. En sentido coincidente con lo considerado por mi colega, destaco que la falta de reglamentación del procedimiento de arbitraje obligatorio previsto por el art. 27 de la ley 472 no es óbice para su aplicación.

De hecho, ante tal carencia, las partes pueden acordar todo lo relativo al mecanismo de solución de conflictos, y están facultadas para ocurrir a la justicia si existieran desacuerdos.

3. Por lo expuesto, entiendo que debe declararse que no se ha planteado en autos una cuestión constitucional que el Tribunal deba decidir. Con costas.

Así voto.

El juez José O. Casás dijo:

1. Coincido con la solución que propicia en su voto la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, consistente en declarar que no se ha planteado en autos una cuestión constitucional que el Tribunal deba decidir.

2. En efecto, tal como lo destaca mi aludida colega, la recurrente no ha logrado configurar un caso constitucional que habilite esta instancia recursiva extraordinaria, toda vez que la cuestión que se intenta traer a conocimiento de este estrado no involucra la interpretación o aplicación de normas contenidas en las constituciones nacional o de la Ciudad o el examen de validez de una norma o acto bajo la pretensión de ser contrarios a tales constituciones, conforme lo requiere el art. 27 de la ley 402.

Por el contrario, la dilucidación del asunto que se intenta traer a conocimiento de este estrado —atinente a si el Poder Judicial de la Ciudad puede entender a esta altura de los acontecimientos en la pretensión de cobro de pesos entablada por la ObSBA contra el GCBA— únicamente remite a la interpretación de distintos preceptos infraconstitucionales (en particular, los arts. 12, inc. c, y 27 y la disposición transitoria contenida en el art. 30 de la ley 472).

Por su parte, se advierte que los magistrados de la Sala I de la Cámara CAyT, más allá del acierto o error del criterio adoptado, brindaron diversos fundamentos para sustentar la decisión impugnada que no han sido debidamente rebatidos por la recurrente. En particular, el tribunal *a quo* sostuvo que el conflicto planteado no podía ser sometido a conocimiento del Poder Judicial de cara al expreso criterio legislativo plasmado en el art. 27 de la ley 472 —que dispone que "(l)as relaciones entre la Obra Social y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires tienen naturaleza interadministrativa y bajo tal encuadramiento, las diferencias o conflictos que pudieran suscitarse entre la Entidad y el Gobierno deberán dirimirse en un procedimiento de arbitraje obligatorio"—. En este punto, para expresar su discrepancia con aquel decisorio, la recurrente formula consideraciones respecto

de la naturaleza jurídica de la ObSBA y expresa una interpretación alternativa de las normas infraconstitucionales en juego. Sin embargo, aquellos argumentos resultan insuficientes para enervar el razonamiento desplegado por la Cámara de Apelaciones. Por su parte, resta añadir que la actora tampoco ha demostrado haber planteado oportunamente la inconstitucionalidad del aludido art. 27 de la ley 472. En este contexto, el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio *pro actione* invocados por la impugnante no guardan relación directa e inmediata con las cuestiones efectivamente debatidas en el *sub examine*.

Por los motivos expuestos, y de acuerdo con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto en su dictamen, corresponde declarar que no se ha planteado en autos una cuestión constitucional que el Tribunal deba decidir. Con costas.

Así lo voto.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* que no se ha planteado en autos una cuestión constitucional que el Tribunal deba decidir. Con costas a la ObSBA.

2º. *Mandar* que se registre, notifique y devuelva al tribunal remitente.

El juez Luis F. Lozano no integra el acuerdo por estar de licencia.

Fdo.: *Ana María Conde - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás.*

XIII

"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: 'YBARRA, LUIS ANTONIO S/INFR. ART(S). 111, CONDUCIR EN ESTADO DE EBRIEDAD O BAJO LOS EFECTOS DE ESTUPEFACIENTES, CC'"

RECURSO DE QUEJA. MINISTERIO PÚBLICO FISCAL: Legitimación procesal. Articulación de recursos. DERECHO PROCESAL PENAL: Modificación del código procesal. Causas en trámite. Vigencia de la reforma procesal.

SUMARIOS:

1. Las reformas procesales se aplican a causas en trámite pero con la particularidad de que, dentro de las causas en trámite, se aplican a los actos cumplidos a

partir de la vigencia de la reforma procesal en cuestión. *(Voto de los señores jueces José O. Casás, Ana María Conde y Alicia E. C. Ruiz).*

2. Es regla general del derecho procesal penal que los actos procesales deben ajustarse a las disposiciones vigentes al momento en que estos se cumplen. *(Voto de los señores jueces José O. Casás, Ana María Conde y Alicia E. C. Ruiz).*

3. Al momento de interposición del recurso de inconstitucionalidad y del recurso de queja regía el art. 53, ley 12 en su redacción original, y la sola entrada en vigor de una nueva norma procesal no alcanza para fundamentar por qué correspondería apartarse de la regla general, de modo que, a la luz de esa redacción original, el fiscal general adjunto carece de legitimación procesal para su articulación. *(Voto de los señores jueces José O. Casás, Ana María Conde y Alicia E. C. Ruiz).*

4. Determinado que la norma aplicable al caso es el art. 53, ley 12 en su redacción original, cabe concluir que en el proceso contravencional esa ley procesal no concedía al fiscal 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 LOPJ), ya que de la letra de ese artículo surgía claramente que el único habilitado era el contraventor. *(Voto de los señores jueces José O. Casás, Ana María Conde y Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. SAPCyF nº 6903/09 - 12/2/2010

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 (fs. 15/21). Apelada esa decisión por el defensor oficial (fs. 23/27), la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas, por mayoría, revocó la resolución dictada por el juez de grado y concedió la suspensión del proceso a prueba, por el tiempo y las condiciones que fuera a fijar el magistrado de primera instancia (fs. 39/44).

2. Contra esa decisión el señor fiscal ante la Cámara interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 45/54) que, al ser denegado por la Sala II básicamente por falta de legitimación para recurrir y por ausencia de sentencia definitiva (fs. 68/70), motivó la articulación de esta queja (fs. 71/81).

3. El señor fiscal general adjunto, al contestar la vista conferida, mantuvo el recurso deducido y propició que el TSJBA hiciera lugar a la queja y tratase el recurso de inconstitucionalidad rechazado y que, oportunamente, declare la nulidad de la decisión cuestionada a fin de poder continuar con el trámite del proceso (fs. 85/90).

Asimismo, en una presentación posterior, el fiscal general adjunto solicitó que se conceda el efecto suspensivo del recurso de queja presentado por el señor fiscal ante la Cámara, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 33 de la ley 402, "…a

fin de que no se torne abstracto el tratamiento del recurso de inconstitucionalidad oportunamente deducido, teniendo en cuenta el exiguo plazo que rige en materia contravencional" (fs. 91).

El juez de trámite puso a consideración del Tribunal la petición reseñada en el párrafo anterior (fs. 92).

4. Una vez que la solicitud de efecto suspensivo se encontraba en estado de ser resuelta por el Tribunal, el señor fiscal general adjunto presentó un escrito en el que indicó: "[e]n atención a la reforma introducida por la ley 3382 respecto del art. 53 de la ley 12 y considerando que las reformas procesales se aplican a las causas en trámite, vengo a solicitar que —sin perjuicio de los argumentos expuestos en el dictamen de fecha 18/12/2009— se tenga por legitimada a la parte que represento para interponer los recursos oportunamente deducidos en el presente caso y, en consecuencia, se admitan los mismos conforme lo requerido" (fs. 93).

FUNDAMENTOS:

Los jueces José O. Casás, Ana María Conde y Alicia E. C. Ruiz dijeron:

1. A fin de poder resolver sobre la solicitud de que este Tribunal conceda efecto suspensivo al recurso de queja interpuesto, corresponde previamente expedirse sobre la legitimación procesal del peticionante, cuestión que, por los argumentos expuestos a continuación, conducirá a rechazar la queja presentada por el señor fiscal ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

2. En su recurso de hecho, el recurrente argumenta que el Ministerio Público Fiscal estaría legitimado para interponer un recurso de inconstitucionalidad (y, por tanto, la queja interpuesta para defender aquel recurso) pues, "la aplicación supletoria del art. 268 CPP CABA, concede al fiscal la facultad de recurrir a fin de *controlar la legalidad del procedimiento*…" (fs. 71 vta., destacado en el recurso). Así, siguiendo el razonamiento del presentante, a través del art. 268, CPP CABA —que, según entiende, faculta al fiscal para recurrir siempre a fin de controlar la legalidad del procedimiento, incluso a favor del imputado— el legislador le ha brindado una potestad amplia al Ministerio Público para recurrir todas las decisiones que se aparten de la legalidad, de acuerdo a la función constitucional otorgada por el art. 125, CCBA. Asimismo, sostiene que, en otros precedentes, que no cita, el TSJBA "…resolvió que, sin perjuicio de la ausencia de algún requisito formal no podía negársele intervención al mencionado tribunal cuando se estaba frente a una cuestión de interés institucional" (fs. 71 vta./72).

Posteriormente, el señor fiscal general adjunto, en su última presentación ante el Tribunal, solicitó la aplicación al caso del nuevo texto del art. 53, ley 12 (texto según art. 1º de la ley 3382, *BOCABA* nº 3345 del 21/1/2010) y, por consiguiente, que se tenga por legitimado al Ministerio Público Fiscal para interponer los recursos oportunamente deducidos en la presente causa. Funda su solicitud en que "las reformas procesales se aplican a causas en trámite" (fs. 93).

3. A pesar de la reforma de la ley 12 debemos decir que no asiste razón al señor fiscal general adjunto en tanto, aunque no lo afirme en forma expresa, pretende la aplicación retroactiva de la ley procesal penal a la presente causa, por ser más favorable a los intereses del Ministerio Público Fiscal. Tal como se verá, su argumentación es parcial y la parte omitida de los principios aplicables al caso conducen, inexorablemente, a negarle la legitimación pretendida.

En efecto, es cierto que las reformas procesales se aplican a causas en trámite pero con la particularidad de que, dentro de las causas en trámite, se aplican a los actos cumplidos *a partir de la vigencia de la reforma procesal en cuestión*. Con otras palabras, es regla general del derecho procesal penal que los actos procesales deben ajustarse a las disposiciones vigentes al momento en que estos se cumplen.

Ahora bien, aplicado lo dicho al caso en análisis surge que al momento en que fueron cumplidos los actos procesales que nos ocupan (esto es, al momento de interposición del recurso de inconstitucionalidad y del recurso de queja) regía el art. 53, ley 12 en su redacción original. La sola entrada en vigor de una nueva norma procesal no alcanza para fundamentar por qué en este caso correspondería apartarse de la regla general. En consecuencia, en el caso, la legitimación procesal del recurrente debe ser analizada a la luz de la redacción original del art. 53, ley 12, vigente al momento de interposición del recurso de inconstitucionalidad y de la queja aquí analizados.

4. Una vez determinado que la norma aplicable al caso es el art. 53, ley 12 en su redacción original, sólo resta recordar lo afirmado reiteradamente por este Tribunal en cuanto a que en el proceso contravencional la ley procesal no concedía al fiscal 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 LOPJ), ya que de la letra de ese artículo surgía claramente que el único habilitado era el contraventor (véase, entre otras, la resolución del Tribunal *in re* "Rodríguez, Paulo Federico y Ball, Gustavo Matías s/art. 78 —carreras en la vía pública— s/recurso de queja", expte. nº 110/99, resolución del 22/10/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. I, pp. 570 y ss.). En ese sentido, contrariamente a lo afirmado por el recurrente en sus recursos, la cuestión había sido regulada por el legislador local de forma autosuficiente al establecer la cláusula de cerramiento mencionada precedentemente, con lo que no resultaba de aplicación al caso lo previsto por el legislador local para el procedimiento penal en el art. 268, CPP CABA. Sirva la nueva redacción del art. 53, ley 12 como prueba de esta afirmación.

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 y ese mismo motivo, claro está, también impide conceder el efecto suspensivo requerido.

Así lo votamos.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja interpuesto.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan estas actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

El juez Luis F. Lozano no vota por estar en uso de licencia.

Fdo.: *Ana María Conde - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás.*

En similar sentido se resolvió en los exptes. nº 6922/09 "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: 'Olmedo, Francisco Laureano s/infr. art(s). 111 CC'"; 6893/10 "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: 'Sapollnik, Carlos Sergio s/infr. art(s). 111 CC'"; 7011/10 "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: 'Bermúdez Ávila, José Miguel s/infr. art(s). 111 CC'"; 7012/10 "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: 'Neiro, Manuel Santiago s/infr. art(s). 111 CC'"; 7013/10 "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: 'Autino, Sonia Inés s/infr. art(s). 111 CC'"; 7014/10 "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: 'Della Mónica, Horacio Alberto s/infr. art(s). 111 del CC'"; 7015/10 "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: 'Paronuzzi, Fabián Augusto s/infr. art(s). 111 CC'"; 7016/10 "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: 'Johansen, Federico Martín s/infr. art(s). 111 CC'"; 7017/10 "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: 'González Crende, Santiago Ignacio s/infr. art(s). 111 CC'"; 7018/10 "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: 'Zontella, Juan Pablo s/infr. art. 111 del CC'"; 7019/10 "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: 'Parisi, Daniel Ricardo s/infr. art(s). 111 CC'"; 7020/10 "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: 'Igounet, Jorge Norberto s/infr. art(s). 111 CC'", sentencias también del 12/2/2010.

XIV

"EMPRESA DISTRIBUIDORA Y COMERCIALIZADORA NORTE S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE APELACIÓN DENEGADO EN: 'EMPRESA DISTRIBUIDORA Y COMERCIALIZADORA NORTE S.A. S/INFR. ART(S). 4.1.1.2, HABILITACIÓN EN INFRACCIÓN —LEY 451'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Plazo.

SUMARIOS:

1. La pretensión de la recurrente de acceder al Tribunal mediante un recurso de queja sin haber interpuesto antes recurso de inconstitucionalidad propone una interpretación de la ley 402 (LPT) que no puede ser aceptada, pues el art. 33 de esa ley establece que cuando la Cámara deniega el recurso el afectado puede acudir, mediante queja, a este Tribunal, disposición complementaria de las que están contenidas en el art. 28 que, en pocas palabras, asignan al tribunal superior de la causa la competenciapara realizar el juicio de admisibilidad —provisorio— del recurso 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 recurrente confunde el rechazo de la Cámara a su recurso de queja por apelación denegada deducida contra la sentencia del juez de grado, respecto de un recurso de su competencia —queja por apelación denegada— con una eventual denegatoria de un recurso de inconstitucionalidad que, en rigor, no intentó, motivo por el cual es inadmisible el recurso de queja ante este Tribunal. *(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. El plazo previsto por la ley procesal para interponer recurso de inconstitucionalidad reviste carácter perentorio y no se interrumpe ni suspende por la interposición de otros recursos que resultan improcedentes. *(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).*

Expte. SAPCyF nº 6731/09 - 2/3/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La representante de la Empresa S.A. Distribuidora y Comercializadora Norte S.A. (Edenor) presentó ante el Tribunal un escrito cuyo encabezamiento indica "Se presenta — acredita personería— plantea queja por denegación de recursos" (fs. 117/121).

La firma, al resumir los antecedentes del caso, relató que la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas rechazó el recurso de queja por apelación denegada que había intentado contra la condena impuesta por el magistrado de primera instancia.

2. El señor juez de trámite, previo a cualquier otra diligencia, solicitó a Edenor que presentara al Tribunal copias del recurso de inconstitucionalidad interpuesto en la causa, del auto denegatorio que habría declarado inadmisible aquel recurso y de la constancia de notificación de la decisión mencionada (fs. 123).

La apoderada de Edenor, como respuesta al requerimiento, presentó un nuevo escrito (fs. 125/126) en el cual sostuvo que "esta parte no ha presentado recurso de inconstitucionalidad ante la cámara de apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires, ya que consideramos que el rechazo de la queja por denegación de recurso de apelación por parte de la Cámara resulta suficiente para abrir la vía de reclamos ante dicho Tribunal".

3. El señor fiscal general adjunto, al contestar la vista conferida (fs. 129) sostuvo que la queja interpuesta debe ser declarada inadmisible porque la agraviada no interpuso recurso de inconstitucionalidad previo a acudir al Tribunal mediante su presentación directa. Asimismo, descartó que pudiera tratarse el escrito como una queja por denegación de justicia, ya que Edenor obtuvo respuesta judicial en tiempo oportuno.

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. El recurso de queja intentado, tal como lo sostiene el señor fiscal general adjunto, debe ser declarado inadmisible, pues, como se explicará a continuación, fue interpuesto contra una resolución que no es pasible de ser impugnada mediante recurso directo ante el Tribunal.

2. El art. 113, incs. 3º y 5º, de la CCBA regula la competencia apelada del Tribunal. En este sentido, el inc. 3º señala que el TSJBA conoce por vía de recurso de inconstitucionalidad en aquellas causas en las que se haya discutido la aplicación de normas constitucionales locales o nacionales. El inc. 5º, por su parte, alude a los supuestos en los que procede el recurso de apelación ordinario ante esta instancia.

La ley 402 (LPT), en tanto, regula el trámite de los dos recursos mencionados. Señala, en ese sentido, que ambos remedios procesales deben ser presentados ante el mismo tribunal que dictó la resolución atacada, quien —luego de efectuar un juicio de admisibilidad provisional— puede concederlos o denegarlos (arts. 27, 28, 38 y 39, LPT).

Sólo frente a la denegatoria de cualquiera de los dos recursos procede la "queja por denegación de recursos" a la que se refieren las normas que menciona Edenor S.A. en su escrito (art. 113, inc. 4º, CCBA, y art. 33 de la ley 402).

3. Por su parte, la recurrente —en tanto pretende acceder al Tribunal mediante una queja pero sin haber interpuesto antes recurso de inconstitucionalidad— propone una interpretación de la ley 402 (LPT) que no puede ser aceptada. El art. 33 de la ley 402 establece que cuando la Cámara deniega el recurso el afectado puede acudir, mediante queja, a este Tribunal. Esta disposición resulta complementaria, para el presente caso, de las que están contenidas en el art. 28 de la LPT que, en pocas palabras, asignan al tribunal superior de la causa la competencia para realizar el juicio de admisibilidad —provisorio— del recurso de inconstitucionalidad.

Edenor S.A. reconoce que la Cámara rechazó su queja por apelación denegada deducida contra la sentencia del juez de grado (fs. 125 vta.). Sin embargo, confunde ese rechazo decidido por la Sala II respecto de un recurso de su competencia —queja por apelación denegada— con una eventual denegatoria de un recurso de inconstitucionalidad que, en rigor, no intentó.

4. Como señala el señor fiscal general adjunto, ya ha vencido el plazo para interponer el recurso de inconstitucionalidad y, además, la presentación en análisis tampoco puede ser considerada como tal, más allá de que ni siquiera la parte lo pretende de ese modo. Por lo demás, el Tribunal ya ha sostenido que el plazo previsto por la ley procesal para interponer recurso de inconstitucionalidad reviste carácter perentorio y no se interrumpe ni suspende por la interposición de otros recursos que resultan improcedentes [véase, en este sentido, "ObSBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Brizuela, Nilda Haydée c/ObSBA (Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires) y otros s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 3541/04, resolución del 20/4/2005, y sus citas].

5. Por ello, voto por declarar inadmisible la queja agregada a fs. 117/121 y, en consecuencia, intimar al cumplimiento de la integración del depósito previsto en el art. 34, LPTSJ, dado que la recurrente no se encuentra dentro de los sujetos exentos por la ley de tasa judicial (nº 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 CISA —causa 459-CC/00— s/recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado", expte. nº 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 Nº 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Oniszczuk, Carlos Alberto y Marquez, Sandra Rosana s/la ley 255 —apelación—'", expte. nº 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 Nº 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, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. VII/B, pp. 950 y ss.).

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto del señor juez de trámite, Dr. José O. Casás.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

La queja fue interpuesta oportunamente por Edenor. Sin embargo, ella no puede prosperar, por las razones expuestas por el señor juez de trámite en los aparts. 2, 3 y 4.

Por las consideraciones que anteceden, voto por rechazar la queja de fs. 117/121 e intimar al recurrente a que integre el depósito previsto en el art. 34 de la ley 402.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* inadmisible el recurso de queja interpuesto.

2º. *Intimar* al recurrente para que en el término de cinco días integre el depósito exigido por el art. 34 de la ley 402.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan estas actuaciones a la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

El juez Luis F. Lozano no vota por estar en uso de licencia.

Fdo.: *Ana María Conde - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás.*

XV

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'FERNÁNDEZ, JUAN MANUEL S/INFRACCIÓN ART. 181, INC. 1º, C.P., USURPACIÓN (DESPOJO)'"

RECURSO DE QUEJA: Suspensión del proceso.

SUMARIO:

1. No corresponde la suspensión del trámite del proceso fundada en el art. 33 de LPTSJ, efectuada por el señor defensor general, ya que resulta inoficioso pues no

subsisten en la actualidad las circunstancias en las que se motivara el requerimiento en cuestión. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren las señoras juezas Ana María Conde y Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. SAPCyF nº 7041/10 - 2/3/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El 9/9/2009 la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas dispuso anular todo lo actuado a partir de la decisión de primera instancia, de fecha 13/5/2009, que resolvió suspender el lanzamiento ordenado por la propia alzada en una resolución anterior (fs. 92/96). En aquella decisión, la Sala I también negó legitimación al Ministerio Público Tutelar para intervenir en el proceso, reiterando lo que ya había resuelto en otro pronunciamiento (conf. fs. 46/47 y 50).

2. La defensa del imputado Juan Manuel Fernández planteó recurso de inconstitucionalidad contra esa decisión (fs. 57/69). También lo hizo la asesora general tutelar (fs. 70/91).

La Sala I denegó la concesión de ambos recursos. Sostuvo, en relación con el planteo de la defensa, que la decisión cuestionada no era una sentencia definitiva, que no planteaba un caso constitucional y que ciertos argumentos eran producto de una reflexión tardía; y, en cuanto al planteo de la Asesoría General Tutelar, reiteró su falta de legitimación (fs. 98/101).

3. La defensa del Sr. Fernández interpuso ante el Tribunal el recurso de queja que tramita en este expte. nº 7041/10 (fs. 106/116).

4. La Asesoría General Tutelar planteó, igualmente, recurso de queja (expte. nº 7043/10) y solicitó la suspensión del proceso ya que se encontraba en situación de riesgo un menor de 10 años de edad, Miguel Ángel Fernández, sobrino del imputado que convive con él, cuyo lanzamiento era inminente.

5. Con posterioridad, el defensor general requirió también la suspensión, pues el juez de primera instancia dispuso que el lanzamiento para desocupar el inmueble se efectúe el día 2/3/2010 (fs. 122/123). A raíz de dicha presentación, se requirieron las actuaciones al señor fiscal general y se dejó sin efecto la vista que se le confiriera (fs. 124).

6. Por otra parte, el 12/2/2010 la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas comunicó al Tribunal —en cuanto ahora interesa— que separó al juez interviniente y ordenó que el nuevo magistrado cumpla de inmediato con el libramiento de la orden de allanamiento para proceder a restituir el inmueble a la parte querellante (fs. 126/130).

7. Por último, devueltas que fueron las actuaciones a este Tribunal, en atención a las constancias obrantes en este legajo, se dispuso certificar el estado del trámite de la causa (fs. 132). Como resultado de las diligencias practicadas a ese fin, se informó a este Tribunal que, en cumplimiento de lo dispuesto por la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, el titular del Juzgado Nº 29 de ese fuero ordenó el día 12/2/2010 el lanzamiento dispuesto por la Cámara. La diligencia se llevó a cabo ese mismo día.

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. El pronunciamiento referido a la solicitud efectuada por el señor defensor general para que se disponga la suspensión del proceso con fundamento en el art. 33, LPTSJ resulta inoficioso pues no subsisten en la actualidad las circunstancias en las que se motivara el requerimiento en cuestión (véanse puntos 5, 6, y 7 del "resulta"). En consecuencia, corresponde no hacer lugar a la solicitud de suspensión del trámite del proceso efectuada a fs. 123.

2. Lo expuesto en el punto precedente torna innecesario expedirse respecto del pedido de suspensión formulado por la Asesoría General Tutelar en el expte. nº 7043/10 (véase punto 4 del "resulta").

Asimismo, y toda vez que en la queja individualizada con el nº 7043/10 se cuestiona la misma decisión que motivó la que tramita en este legajo, y que ambos recursos se encuentran en la misma etapa procesal, dichas actuaciones deberán acumularse a este expediente y por Secretaría de Asuntos Generales, procederse a agregarlas a continuación de esta decisión y a adecuar su foliatura.

3. Por otra parte, dadas las particularidades del trámite que se ha dado a este procedimiento, resulta conveniente para una mejor ilustración del Tribunal, requerir a las instancias de grado la remisión de todas las actuaciones correspondientes al proceso que originara esta queja.

4. En razón de lo expuesto voto por: *a)* no hacer lugar a la solicitud de suspensión del trámite del proceso efectuada a fs. 123; *b)* acumular las actuaciones individualizadas con el nº 7043/10 a este expediente; *c)* requerir la remisión al Tribunal de todas las actuaciones vinculadas con la causa.

Así lo voto.

Las juezas Ana María Conde y Alicia E. C. Ruiz dijeron:

Adherimos al voto del señor juez de trámite, Dr. José O. Casás.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *No hacer lugar* a la solicitud de suspensión del trámite del proceso efectuada a fs. 123.

2º. *Acumular* la queja individualizada con el nº 7043/10 a este expediente, para lo cual —por Secretaría de Asuntos Generales— deberá procederse a agregarla a continuación de esta decisión y a adecuar su foliatura.

3º. *Requerir* a la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas la remisión a este Tribunal de todas las actuaciones vinculadas con esta causa.

4º. *Mandar* que se registre, se notifique y se oficie.

El juez Luis F. Lozano no vota por estar en uso de licencia.

Fdo.: *Ana María Conde - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás.*

XVI

"MARINI, RICARDO FABIO S/QUEJA POR RETARDO, PRIVACIÓN O DENEGACIÓN DE JUSTICIA EN: 'MARINI, RICARDO FABIO C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

Recurso de queja por retardo, privación o denegación de justicia.

SUMARIO:

1. El respeto que exige el ámbito de decisiones privativas del juez de la causa no puede ser invadido al momento de resolver una queja por retardo o denegación de justicia, frente a la inminente audiencia donde podrá quedar zanjada la cuestión propuesta. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde, Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás).*

Expte. SAO nº 7069/10 - 2/3/2010

VISTO:

el expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

1. A fs. 60/73 vta. el Sr. Ricardo Fabio Marini efectúa "formal denuncia de retardo injustificado de provisión de justicia contra el juez de primera instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que entiende en la causa 'Marini, Ricardo Fabio c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)', expte. nº 18301/0…", solicitando que se atribuya la resolución de la cuestión planteada a otro juez del mismo Fuero (acápite 5, punto XI).

Expresa, en sustancia, que la presentación en examen se encuentra motivada por el prolongado retardo en resolverse el pedido de efectivización de la multa

impuesta al GCBA el día 9/6/2008, frente al incumplimiento de la sentencia de primera instancia, confirmada por la Cámara de Apelaciones. Manifiesta que, desde esa fecha, ha efectuado numerosas presentaciones —que enumera y detalla—, solicitando se resuelva hacer efectivas las astreintes impuestas al demandado, sin resultado alguno.

2. A fs. 151/152 se agregó el informe producido por el Juzgado CAyT Nº 1.

FUNDAMENTOS:

Los jueces Ana María Conde, Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás dijeron:

1. De acuerdo con lo que surge del informe del Juzgado CAyT Nº 1 y de la presentación efectuada por el denunciante Marini a fs. 60/73, existe coincidencia en cuanto a que obran en el expediente peticiones del amparista solicitando la efectivización de sanciones económicas impuestas al GCBA durante el trámite de la causa y que esta cuestión se encuentra —al momento— pendiente de resolución por parte del magistrado interviniente, quien ha convocado a las partes a audiencia para el próximo 10 de marzo.

2. También es posible advertir, tal como lo señala el juez en su informe (fs. 151/152), que el trámite procesal del expediente no se ha interrumpido, manteniéndose vivas y en tratamiento las cuestiones inherentes al cumplimiento de la sentencia firme. Tampoco es posible soslayar —pues ello surge también de las copias agregadas a la denuncia— que el propio actor no sería ajeno a la situación actual de la causa.

3. En tales condiciones, el respeto que exige el ámbito de decisiones privativas del juez de la causa no puede ser invadido al momento de resolverse una queja por retardo o denegación de justicia, frente a la inminente audiencia donde podrá quedar zanjada la cuestión propuesta.

En consecuencia, tomando en cuenta la convocatoria efectuada a las partes para el próximo 10 de marzo, sin que ello importe avanzar sobre cómo debe resolverse la cuestión, votamos por rechazar la queja.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja por retardo injustificado de justicia planteada por el Sr. Ricardo Fabio Marini.

2º. *Mandar* que se registre, notifique y se libre oficio al juzgado de mención.

El juez Luis F. Lozano no firma por estar con licencia.

Fdo.: *Ana María Conde - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás.*

XVII

"GARCÍA, MIRIAM S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'GARCÍA, MIRIAM C/GCBA S/EMPLEO PÚBLICO (NO CESANTÍA NI EXONERACIÓN)'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos.
Derecho local. Interpretación de normas infraconstitucionales.

SUMARIOS:

1. El recurso extraordinario federal interpuesto no es admisible pues la decisión que se quiere llevar a conocimiento de la CSJN desestimó un recurso de queja por no satisfacer los recaudos establecidos en las disposiciones locales que lo regulan. (*Votos de los señores jueces Ana María Conde, Luis. F. Lozano y José O. Casás).*

2. La decisión que la recurrente pretende de la Corte Federal exigiría que ésta considere normas de derecho local relativas al empleo público, sustituyendo así a los jueces de grado en la valoración del derecho local infraconstitucional. *(Votos de los señores jueces Ana María Conde, Luis. F. Lozano y José O. Casás).*

3. La invocación genérica de las garantías constitucionales que realiza la parte actora (defensa en juicio, igual remuneración por igual tarea, derecho de propiedad), para justificar la existencia de una cuestión federal en los términos del art. 14, inc. 2º de la ley 48, no guardan relación directa e inmediata con lo decidido (art. 15, ley 48). *(Votos de los señores jueces Ana María Conde, Luis. F. Lozano y José O. Casás).*

Expte. SACAyT nº 6500/09 - 10/3/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Miriam Nora García interpuso recurso extraordinario federal contra la sentencia de fecha 28/10/2009 por la que este Tribunal rechazó el recurso de queja que dedujera su parte contra el pronunciamiento dictado por la Sala II de la Cámara CAyT de fecha 14/4/2009 (fs. 76/77).

2. El recurso fue contestado por la parte demandada, que solicitó su rechazo (fs. 146/155 vta.).

FUNDAMENTOS:

Los jueces ANA MARÍA CONDE, JOSÉ O. CASÁS y LUIS F. LOZANO dijeron:

1. El recurso extraordinario federal interpuesto por la parte actora no es admisible por varias razones.

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. 79/105 y éste la del recurso de inconstitucionalidad de fs. 39/62. El Tribunal, por mayoría, consideró improcedente la queja —principalmente— porque no lograba plantear una cuestión constitucional (conf. punto 1, del voto de la jueza Ana María Conde, argumento que compartieron los jueces Luis F. Lozano y José O. Casás, según sus votos). En otras palabras, la decisión que ahora se quiere llevar a conocimiento de la CSJN, desestimó un recurso de queja por no satisfacer los recaudos establecidos en las disposiciones locales que lo regulan.

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 —como principio—, no son revisables en la instancia extraordinaria, en virtud del carácter fáctico y procesal de las cuestiones que suscitan (conf. *Fallos*, 299:268; 302:1040; 307:819; 311:101, entre muchos otros; y TSJBA, causa 2184/03 – "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en: "Hernández, Leonardo Javier c/GCBA s/amparo [art. 14 CCBA]", resolución del 13/8/2003), dado que ponderar si se encuentran reunidos los requisitos de admisibilidad de un recurso local, indudablemente, constituye una cuestión de hecho y de derecho procesal, ajena a la instancia extraordinaria a la que se pretende acceder.

3. En segundo lugar, porque obsta a la concesión del recurso el carácter no federal de la cuestión debatida.

En el caso, el problema se circunscribe a determinar el alcance temporal de los decs. 670/92 y 922/94, a los efectos de establecer la procedencia del cobro de diferencias salariales reclamado por la actora. Tal tópico —como se puso de manifiesto en el pronunciamiento de fs. 116/122— remite indefectiblemente al examen y ponderación de normas locales infraconstitucionales, por lo que resulta ajeno a la instancia federal extraordinaria que se pretende abrir con este recurso. A poco que se advierta, el asunto trata aspectos relativos a la relación de empleo público que ligó a Miriam Nora García con la Ciudad de Buenos Aires. La decisión que —en definitiva— 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 local 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. En tercer lugar, porque amén de tratarse de la interpretación de normas locales infraconstitucionales, las garantías constitucionales que genéricamente

invoca la actora (defensa en juicio, igual remuneración por igual tarea, derecho de propiedad), para justificar la existencia de cuestión federal en los términos del art. 14, inc. 2º de la ley 48, 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 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, pese a que la recurrente menciona normas constitucionales presuntamente afectadas, no logra vincularlas 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 28/10/2009.

5. Por lo demás, la recurrente no dio cumplimiento acabado a los recaudos señalados en los arts. 2º y 3º del reglamento aprobado por la acordada 4/07 de la CSJN.

Así, 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" (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).

6. En atención a las razones expuestas, corresponde denegar el recurso extraordinario federal interpuesto por Miriam Nora García. 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).

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso extraordinario federal interpuesto en tiempo oportuno ante el Tribunal es formalmente admisible (conforme los términos de la acordada 4/07 de la CSJN).

2. Agotadas las vías recursivas ordinarias y extraordinarias locales, la actora objeta la sentencia definitiva que emitiera, en autos, la máxima instancia jurisdiccional de la Ciudad.

3. El escrito de interposición del recurso extraordinario federal contiene un relato claro y preciso de las circunstancias relevantes de la causa, de los derechos y garantías y principios de la CN que el recurrente entiende que se encuentran afec-

tadas por el fallo impugnado, y de la relación directa entre la cuestión federal que introduce y los temas que fueran objeto de tratamiento y decisión por el Tribunal.

4. Los agravios concretos y actuales que se enuncian y fundan en la presentación en análisis son los siguientes:

a) La afectación del derecho de propiedad. Según la actora, el dec. 922/94 ha lesionado su derecho a percibir las diferencias salariales que le correspondían.

b) La afectación del derecho de defensa. En tal sentido la actora critica el carácter puramente decisionista del fallo.

c) La afectación del derecho constitucional [y convencional] de igual remuneración por igual tarea.

d) Por fin, la Dra. García se agravia de la inaplicación del principio protectorio del derecho del trabajo, principio de raigambre constitucional.

5. En atención a lo señalado precedentemente, voto por declarar admisible el recurso extraordinario federal interpuesto por Miriam Nora García.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal planteado por Miriam Nora García, con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita como está ordenado a fs. 122, punto 2.

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

XVIII

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

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos.
Derecho local. Interpretación de normas infraconstitucionales.

SUMARIOS:

1. Las objeciones esgrimidas en el recurso extraordinario se vinculan únicamente con la interpretación y valoración de las pretensiones contenidas en el escrito de demanda en relación con la normativa local infraconstitucional aplicable

a la decisión de la causa. *(Votos de los señores jueces Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás).*

2. La sola mención de preceptos constitucionales no basta para abrir la vía extraordinaria 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. *(Votos de los señores jueces Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás).*

Expte. SACAyT nº 6581/09 - 10/3/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante GCBA) interpuso a fs. 107/127 vta. recurso extraordinario federal contra la resolución de fecha 29 de octubre de 2009 por la que el Tribunal, por mayoría, dispuso "(d)eclarar que los agravios planteados por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no satisfacen los requisitos establecidos en el art. 27 de la ley 402" (fs. 96/104).

2. La parte actora contestó el traslado conferido y solicitó el rechazo del recurso (fs. 132/136 vta.).

FUNDAMENTOS:

Los jueces Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás dijeron:

1. El recurso deducido por el GCBA fue interpuesto en tiempo oportuno, mas resulta inadmisible puesto que los agravios planteados no logran configurar cuestión federal alguna.

2. Cabe destacar que en el caso las objeciones esgrimidas se vinculan únicamente con la interpretación y valoración de las pretensiones contenidas en el escrito de demanda en relación con la normativa local infraconstitucional aplicable a la decisión de la causa.

Sobre este punto, resulta oportuno recordar que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado en numerosas ocasiones que lo atinente a la determinación de las cuestiones comprendidas en la litis y del alcance de las peticiones de las partes son cuestiones que incumben privativamente a los jueces de la causa y, en consecuencia, ajenas a la instancia extraordinaria (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). Los asuntos de esta naturaleza resultan, por regla, extraños al control de la Corte Suprema por la vía del recurso extraordinario federal (*Fallos,* 285:410; 286:87; 291:356; 308:551, entre otros).

Además, 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 en el caso, en que la cuestión de fondo debatida trató sobre diferencias salariales en una relación de empleo público.

Asimismo, corresponde señalar que 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, el 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, el GCBA procura introducirla invocando genéricamente la arbitrariedad de la sentencia que pretende poner en crisis. Pero, a ese respecto resulta oportuno recordar que, según lo tiene dicho la CSJN, "(l)a 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).

Por lo demás, respecto de la referencia al "voto del Dr. Maier" que efectúa el GCBA a fs. 126 vta., cabe apuntar que, quien otrora integrara este Tribunal, no suscribió el pronunciamiento impugnado (fs. 96/104).

4. Finalmente, el GCBA alude a la trascendencia institucional (gravedad institucional) que —a su criterio— involucraría esta cuestión (fs. 126). Pero las consideraciones que formula en este sentido no resultan suficientes para tenerla por configurada, desde que no se advierte concretamente —ni fue puesto de manifiesto por el recurrente— de qué manera la decisión de la Cámara recaída en estas actuaciones puede llegar a comprometer gravemente el interés general (*Fallos,* 324:533, 833; 326:2126 y 4240).

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

la acordada 4/07 de la CSJN. Así, el GCBA omitió efectuar en la carátula (art. 2º) 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. 3º, 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).

La jueza Ana María Conde dijo:

El recurso extraordinario federal fue deducido en tiempo hábil por el GCBA, y cumple los requisitos formales requeridos por la normativa vigente.

Ahora bien, en la sentencia dictada el 29/10/2009 consideré que el criterio adoptado por la Cámara 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.

Por ello, 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. 103, punto 2.

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

XIX

"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: Requisitos. Sentencia definitiva. METROVÍAS: Citación del Estado nacional como tercero. DENEGATORIA DEL FUERO FEDERAL: Contrato de concesión. PODER DE POLICÍA: Potestad sancionatoria.

SUMARIOS:

1. Cabe rechazar el recurso de queja pues la decisión cuestionada, que dispuso no hacer lugar al pedido de citación del Estado nacional como tercero en el proceso iniciado con el objeto de impugnar la validez de un acto administrativo dictado por una autoridad administrativa local, no constituye sentencia definitiva en los términos del art. 27 de la ley 402. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

2. Para equiparar un pronunciamiento que no es definitivo a una sentencia que reviste tal carácter es menester que la recurrente realice 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).*

3. El recurso de queja no muestra que el fallo atacado sea el que importa una denegatoria del fuero federal, pues si bien 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", luego 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. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. No todo ejercicio de control sobre el servicio que Metrovías presta compromete la interpretación del contrato de concesión, desde que existe una diferencia 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. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

En sus votos las señoras juezas Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde remiten a sus fundamentos vertidos en el expte. nº 6081/08 "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: "Metrovías S.A. c/res. personas públicas no estatales", del 4/3/2009, que se reproducen a continuación:

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).*

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 la 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).*

Expte. SACAyT nº 6761/09 - 10/3/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Metrovías S.A. (en adelante, Metrovías) interpuso recurso de apelación directo ante la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad (fs. 218/234 vta.), pretendiendo la revocación de la resol. 20/EURSP/CABA/07 (cuya copia obra a fs. 261/269), emitida por el Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad. La resolución recurrida había impuesto a Metrovías, en su carácter de concesionario del servicio público de subterráneos de la Ciudad, 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. Por la resolución recurrida también se ordenó a Metrovías la publicación, a su costa, de la sanción en el diario de mayor circulación de la Ciudad.

La recurrente 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 había sido dictado por el EURSP/CABA en "violación a sus propios actos" (fs. 227) y a los principios rectores del derecho administrativo sancionador (fs. 232 vta.).

En la misma oportunidad, solicitó la citación como tercero del Estado nacional, manifestando que su intervención era indispensable para que la sentencia

firme del recurso intentado pudiera oponérsele. Para fundar la pretensión expuso los siguientes argumentos:

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) vería turbados sus deberes/facultades de fiscalización;

b) el accionar del Ente Único Regulador, de prosperar, resultaría en un desequilibrio contractual que posteriormente estaría a cargo del Estado nacional, dado que el órgano de la Ciudad no habría recurrido 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 derivaría en una desproporción en relación a los ingresos.

2. Según consta a fs. 215/217 vta., la Sala I rechazó la citación de terceros, por remisión a los términos de su fallo en un caso análogo ("Metrovías S.A. c/GCBA s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.", RDC 1706/0).

3. Este pronunciamiento motivó la interposición por la actora de un recurso de inconstitucionalidad (fs. 196/204). Pretendió cimentar el recurso planteado en la falta de fundamento suficiente de la sentencia dictada por la Sala II y en los supuestos errores de interpretación en que ésta hubiera incurrido al pronunciarse como lo hizo.

Conferido el traslado de ley, el ente demandado contestó los agravios (fs. 208/211).

4. La Sala II resolvió no conceder el recurso de inconstitucionalidad (fs. 195/195 vta.). 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. 195/195 vta., la actora dedujo la queja que tramita en autos (fs. 246/256).

6. Requerido su dictamen, el fiscal general propuso el rechazo del recurso directo (fs. 275/277).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La cuestión de autos es sustancialmente análoga a la que motivara la intervención de este Tribunal 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 6081, sentencia del 4/3/2009, por lo que propicio idéntica solución a la arribada en aquel precedente.

Por razones de brevedad, me remito en lo pertinente a los fundamentos que expusiera en los aparts. 1 a 4 del expte. nº 6081, cuya copia será agregada para integrar este pronunciamiento.

2. Corresponde, entonces, rechazar la queja intentada.

Así lo voto.

El juez José O. Casás dijo:

Coincido con la solución que propician la señora jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz, en su voto y el señor fiscal general adjunto en su dictamen (fs. 275/277), consistente en rechazar el recurso de queja incoado por Metrovías S.A. a fs. 246/256. Ello así, toda vez 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 25/3/2009, queja que tramitó bajo el expte. nº 6216/08— 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. 245.

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Coincido con mi colega, jueza de trámite Dra. Alicia E. C. Ruiz, 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 utilizad[a] (...) para denegar la competencia federal (...) generando de esa manera un agravio irreparable" frustratorio de la garantía del "juez natural" (fs. 252 vta./253). 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 (fs. 248 vta.). Por lo tanto, el recurso no muestra que el fallo atacado sea el que importa 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. 250/252) 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. 20/EURSP/CABA/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 EURSP/CABA 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. nº 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.

4. Finalmente, el agravio vinculado a la alegada vulneración del derecho a la doble instancia (arts. 8.2.h PSJCR, 14.5 PIDCyP y 13.3 CCBA) fue articulado por vez primera en la queja. En tales condiciones, fue producto de una reflexión tardía, lo que impide su tratamiento en esta instancia.

5. 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. 246/256.

La jueza Ana María Conde dijo:

La presente cuestión resulta sustancialmente análoga a la resuelta en "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.'", expte. nº 6081/08, sentencia del 4/3/2009, cuya copia deberá ser agregada por secretaría para formar parte de este pronunciamiento.

Por los argumentos allí expuestos, a los que me remito por razones de brevedad, considero que no existe sentencia definitiva o equiparable ni caso constitucional alguno que justifique la intervención de este Tribunal en esta oportunidad. Por tal motivo, voto por rechazar la presente queja.

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 planteado por Metrovías S.A.

2º. *Agregar* a este expediente copia de la sentencia dictada por el Tribunal en los autos "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Metrovías S.A. c/GCBA s/otros rec. judiciales contra res. pers. públicas no est." (expte. nº 6081/08), como parte integrante de los votos de las juezas Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde.

3º. *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 - José O. Casás.*

XX

"METROVÍAS S.A. S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO EN: 'METROVÍAS S.A. C/ENTE REGULADOR DE SERVICIOS PÚBLICOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES S/OTROS REC. JUDICIALES C/RES. PERS. PÚBLICAS NO EST.'"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Sentencia 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.

Se agrega copia de la sentencia dictada en el expte. nº 5428/07 "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.'", del 9/4/2008, cuyos sumarios se reproducen a continuación:

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 véanse votos 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).*

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).*

Expte. SACAyT nº 6748/09 - 10/3/2010

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. 1/21 vta.) con el objeto de impugnar la resol. 83/EURSP/CABA/08, emitida por el Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con fecha 28/7/2008, que le impuso una multa de $ 500.000 (pesos quinientos mil) conforme el art. 3º de la resol. 955/01 CNRT; art. 7º, inc. b, del dec. 1798/94; arts. 2º, 15 y 16 de la ley 757 y arts. 1º, 2º y 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 (fs. 35/45).

La actora sostuvo que el acto administrativo impugnado era nulo de nulidad absoluta y manifiesta, por adolecer 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 recurrente se presentó en los términos del art. 21 de la ley 210 —que regula la actuación 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 y Tributario de la Ciudad y se remitieran las actuaciones a la Justicia Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal. Manifestó que el art. 23 del contrato de concesión para la prestación del servicio de transporte subterráneo de pasajeros que la tiene como parte 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 (fs. 7).

Asimismo, Metrovías requirió la citación del Estado nacional, por considerar de absoluta obviedad su interés en el presente proceso, por ser quien otorgó la

concesión nacional de carácter federal y quien, llegado el caso, "deberá compensar cualquier desequilibrio contractual" (fs. 8 vta.). También pidió que se suspendieran los efectos de la resol. 83/EURSP/CABA/08 (conf. arts. 189 y ss. del CCAyT), que se intimara al Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad para que remitiera el expte. 171/EURSP/CABA/04 e incorporados (exptes. nos. 170/EURSP/CABA/04, 645/EURSP/CABA/04 y 392/EURSP/CABA/04), en cuyo marco se dictara la resolución en crisis, y que se solicitara al Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal Nº 4, Secretaría Nº 7, la remisión de los autos caratulados "Centro de Educación al Consumidor c/Metrovías S.A. s/proceso de conocimiento" (expte. nº 1867/04).

2. En lo que aquí interesa, la Sala II, por remisión a un caso análogo ("Metrovías S.A. c/EURSP", expte. RDC nº 2021/0, sentencia de fecha 21/7/2007), desestimó el planteo de incompetencia deducido por la parte actora y, en consecuencia, declaró la competencia de ese tribunal para intervenir en las actuaciones; tuvo por habilitada la instancia y decretó, con carácter cautelar, la suspensión de la resol. 83/EURSP/CABA/08 (fs. 459/460).

3. Contra la aludida resolución de la Cámara, la impugnante interpuso un recurso de inconstitucionalidad, que fue oportunamente concedido (fs. 464/473 vta. y fs. 477/477 vta.).

4. A fs. 481 el señor juez de trámite 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 diez días, el que fue contestado a fs. 486/488 vta.

5. Requerido su dictamen, el señor fiscal general propuso el rechazo del recurso de inconstitucionalidad deducido (fs. 490/495).

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

La cuestión debatida en autos es 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 SA c/GCBA y otros s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'", expte. nº 5428/07, más allá de que en aquella oportunidad se trataba de un recurso de queja y en esta ocasión el recurso de inconstitucionalidad deducido por la actora viene concedido por la Sala II de la Cámara CAyT.

Por ello, con la salvedad indicada en el punto precedente, nos remitimos en lo pertinente a los fundamentos que emitiéramos en la sentencia citada —cuya copia será agregada por Secretaría para integrar este pronunciamiento— y votamos por rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Metrovías S.A. Costas a la vencida (art. 62 del CCAyT).

Así lo votamos.

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: 'Me-

trovías S.A. c/GCBA y otros s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'", expte. nº 5428, sentencia del 9/4/2008, con la diferencia que en tal precedente la Cámara había denegado el recurso de inconstitucionalidad de la empresa —dando lugar a la queja que tramitara ante el Tribunal— y en cambio en la causa ahora en análisis lo concedió.

En consecuencia, por razones de brevedad y con apoyo en los fundamentos que expusiera en el apart. 5 del antecedente indicado, voto por declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto a fs. 464/473 vta. por Metrovías S.A.

Por ello, de acuerdo a lo dictaminado por el señor fiscal general, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Metrovías S.A.

2º. *Imponer* las costas a la vencida.

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 devuelva al tribunal remitente.

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

XXI

"CORSO, TERESA RAFAELA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'CORSO, TERESA RAFAELA C/GCBA S/REVISIÓN CESANTÍAS O EXONERACIONES DE EMP. PÚB.'"

RECURSO DE QUEJA: Sentencia definitiva. Medidas cautelares. EMPLEO PÚBLICO: Exoneración. Gravamen irreparable. Facultades exorbitantes de la Administración. Derecho a trabajar. Derecho a ser oído.

SUMARIOS:

1. La decisión que rechazó la pretensión cautelar formulada por la actora en el marco de un recurso directo de revisión, no constituye una sentencia definitiva en los términos del art. 27 de la ley 402. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano y Ana María Conde).*

2. Corresponde a quien recurre un pronunciamiento que no constituye sentencia definitiva la carga de invocar y probar las circunstancias que permitan equipararlo a uno de tal carácter, pues de lo contrario no es viable la intervención del Tribunal en este estado del proceso. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano y Ana María Conde).*

3. La cesantía o exoneración de un agente, aunque conlleva la pérdida del salario del actor, no acredita por sí el carácter irreparable del gravamen, ya que no se demuestra que esa fuera su única fuente de ingresos, circunstancia que cobra singular relevancia cuando se aúna al hecho de que la pretensión cautelar no logra generar en la alzada el grado de convicción que acredite la apariencia de buen derecho en cabeza de la actora. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano y Ana María Conde).*

4. La posición de la recurrente en cuanto alega que la decisión de denegar la medida cautelar —que tenía como propósito la suspensión del acto administrativo por el cuál se la exoneró— constituye una sentencia definitiva, justifica sostener que esa decisión impugnada es equiparable a definitiva. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

5. Las consecuencias de la exoneración repercuten gravemente en múltiples aspectos de la vida de la persona afectada, pues ella incide no sólo en la subsistencia de la actora sino también en sus posibilidades de reinserción laboral y, seguramente, en toda su vida de relación, de modo que para tener certeza acerca de los hechos que se le imputan a la exonerada, es imprescindible agotar el proceso penal, ya que aún en la hipótesis de que fuera absuelta, se le reconociera una eventual indemnización o se la reinstalara en su cargo, gran parte de las lesiones enumeradas y que derivan de la decisión administrativa impugnada se habrían tornado irreparables. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

6. En el marco limitado de una cautelar, y sin que ello importe abrir juicio para sobre el fondo, las facultades exorbitantes de la Administración, sólo consagradas legalmente y que la autorizan a imponer sanciones aún pendiente la decisión en el juicio penal —conf. art. 53, ley 471—, deben ceder ante la efectividad del derecho al trabajo que goza de protección constitucional en su ejercicio y goce; efectividad que tiene especial relevancia en materia de empleo público (art.14 bis, C.N.). *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

7. No parece sensato exigir a la actora exonerada que pruebe, para justificar el gravamen irreparable que le causa la decisión, que el salario (hecho no controvertido) del que se ve privada es su único ingreso, pues está fuera de discusión que no cabe imponer a quien alega la existencia de un hecho negativo genérico la carga de probarlo, porque ello implica la exigencia de una prueba “diabólica”, y una imposición de ese tipo viola directamente el derecho a ser oído con las debidas garantías (art. 8.1, CADH) y la posibilidad de intervenir útilmente en el proceso. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. SACAyT nº 6758/09 - 10/3/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Teresa Rafaela Corso interpuso recurso de revisión en los términos de los arts. 464 y 465 del CCAyT, con el objeto que se declarase la nulidad de la resol. 978-MJYS/08, del 27/10/2008, mediante la cual se la exoneró del cargo que ocupaba como dependiente del Gobierno de la Ciudad por las irregularidades vinculadas a la confección de un acta de nacimiento y un documento de identidad —hechos que dieron lugar al sumario administrativo nº 269/2003 y a la causa penal nº 4970/03— (fs. 1/7).

Manifestó que se distorsionaron las constancias del caso y se le imputó la comisión de un ilícito cuya autoría no le corresponde. Afirmó, también, que los hechos del caso se encontraban debatidos en sede penal y que aún no había recaído sentencia definitiva.

Asimismo solicitó, como medida cautelar, que se suspendiera el acto impugnado y se la restituyera a su empleo (5 y vta.).

2. La Sala II de la Cámara CAyT denegó la medida requerida por la actora (fs. 22/23).

Para así decidir tuvo en consideración que: *a)* de acuerdo al relato que surgía de la resolución atacada, la actora había tenido la oportunidad de ser oída y ofrecer y producir prueba; *b)* la actora no había esgrimidos razones tendientes a demostrar que el acto atacado se presentaba como manifiestamente ilegítimo, ni la sanción como desproporcionada o irrazonable, sino que, por el contrario, se había limitado a sostener que no se estaba ante un hecho comprobado que pudiera ser sancionado por distintos regímenes, que este hecho se encontraba pendiente de definición, en tanto no había recaído sentencia firme en sede penal y que, si resultaba absuelta en dicha sede, la sanción resultaría irrazonable; y *c)* en el estado preliminar en que se hallaba el proceso era posible suponer que asistirían *prima facie* razones para adoptar la medida atacada, en virtud de la gravedad de las conductas reprochadas. Concluyó, por tanto, en que no existían elementos suficientes para considerar reunidos los recaudos previstos en el art. 189 del CCAyT. Finalmente, acotó que "…Innovar en la situación de hecho derivada de la medida expulsiva atacada importaría un anticipo de jurisdicción que por sus graves consecuencias justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión.// Por ello, sin perjuicio de la posible razonabilidad de la pretensión de la actora, lo cierto es que no aporta elementos concretos que permitan sustentar la ilegalidad manifiesta del acto atacado a fin de fundar su suspensión por este tribunal. Sus argumentos no se dirigen a negar en modo alguno las faltas endilgadas, sino que se limita a mencionar el problema de la prejudicialidad…" (fs. 23).

3. Disconforme con dicha decisión, la actora dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 25/28).

Centró sus críticas en que el pronunciamiento impugnado: *i)* se apartó de los supuestos previstos en el art. 189 del CCAyT; *ii)* debió considerar como punto de partida de su análisis, la naturaleza revisora de la instancia judicial, frente a esta clase de actos administrativos del tipo expulsivos; *iii)* no privilegió la percepción regular y mensualizada del salario (dado el carácter alimentario de éste), por sobre cualquier implicancia de la medida precautoria dentro del orden administrativo; *iv)* no reparó en ninguna de las argumentaciones de la crítica que volcara en su demanda; configurándose un supuesto de arbitrariedad; *v)* le exigió aportar elementos que acreditaran la ilegalidad manifiesta del acto, cuando la medida se solicitaba ante la posibilidad de una sentencia penal absolutoria y lo que se le propuso a la alzada era conjurar los perjuicios irradiados de una resolución administrativa atada a probanzas contingentes y foráneas de su procedimiento, resaltando la mayor necesidad de tutela de su parte; *vi)* no aclaró cuáles eran las graves consecuencias que se derivarían del otorgamiento de la medida requerida; y *vii)* conculcaba garantías constitucionales (arts. 18 y 14 bis, C.N. y 43, CCBA). Señaló, además que "...en nada obsta que no nos enfrentemos a un pronunciamiento definitivo en el caso, ya que dada la trascendencia que adquiere una medida segregativa en la vida personal del afectado, es dable tutelarlo vía el presente remedio…" y que "...(n)inguna duda cabe que en nuestro caso los tiempos de substanciación de la causa volverían tardías, insuficientes e ineficaces los pronunciamientos a mi favor, ya que en el ínterin me vería afectada por la falta de trabajo y sustento…" (fs. 27).

4. La Sala II Cámara CAyT entendió que no correspondía conceder el recurso de inconstitucionalidad intentado (fs. 30/32). Para así decidir, sostuvo que el pronunciamiento impugnado —que había rechazado la pretensión cautelar de la accionante— no cumplía con uno de los requisitos de admisibilidad previstos en el art. 27 de la ley 407, en tanto que no constituía una sentencia definitiva. Por otro lado, destacó que de los fundamentos expuestos por la actora tampoco surgía la existencia de un agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior. Asimismo denegó la concesión del recurso por la causal de arbitrariedad por entender que ésta no se encontraba configurada.

5. Frente a esta decisión, la actora planteó la queja que tramita ante estos estrados (fs. 36/41 vta.). Afirmó que el *a quo* no atendió las reflexiones expuestas en su recurso de inconstitucionalidad sino que se limitó, sin dar razón suficiente, a afirmar que los daños aducidos por su parte no habían sido demostrados, cuando tal exigencia había sido cumplida acabadamente. Asimismo, expresó que la alzada omitió examinar la cuestión planteada dentro del contexto en que se desarrolló el conflicto y resaltó que "*al solo efecto de acreditar efectivamente la producción del daño, hasta efectuó un acta de constatación notarial, que la acompañara como anexo lll, dentro del escrito de inicio*, dando cuenta de la negativa a tomar tareas por parte de la demandada…" (fs. 36 vta., el destacado pertenece al texto original).

También en esta oportunidad reiteró diversas consideraciones formuladas al articular el recurso de inconstitucionalidad.

6. Requerido su dictamen, el fiscal general adjunto propició el rechazo de la queja por no reunir la sentencia recurrida el carácter de definitiva, ni configurarse un supuesto de arbitrariedad (fs. 45/46 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. El recurso de queja fue interpuesto en tiempo y forma (conf. art. 33, ley 402). Sin embargo, no puede tener acogida favorable.

2. En tanto el recurso de inconstitucionalidad que esta queja sostiene fue dirigido contra una decisión que rechazó la pretensión cautelar formulada por la actora en el marco de un recurso directo de revisión, correcto es afirmar que el pronunciamiento impugnado no constituye una sentencia definitiva en los términos del art. 27 de la ley 402, tal como ha sido señalado por la Sala II (fs. 30 vta./31, Considerando 4) y por el señor fiscal general adjunto (fs. 45/46 vta., punto II).

Este Tribunal en su constante jurisprudencia ha expresado que: "(e)s regla general que las resoluciones dictadas sobre medidas cautelares, ya sea que las acuerden, mantengan o denieguen, no constituyen sentencia definitiva, 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 (en: *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. IV, pp. 261 y ss., con cita de *Fallos,* 313:279); "Covimet S.A. c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido" expte. nº 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. nº 2461/03, resolución del 17/12/2003 (en: *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. V, pp. 1053 y ss.), entre muchos otros.

Por esta razón, corresponde a quien recurre un pronunciamiento como el objetado en autos la carga de invocar y probar las circunstancias que permitan equipararlo a uno de carácter definitivo, pues de lo contrario no es viable la intervención del Tribunal en este estado del proceso.

3. Al tratar esta cuestión en el escrito de interposición del recurso de inconstitucionalidad, la actora omite acreditar cuáles serían las razones puntuales por las que el rechazo de la medida cautelar requerida le ocasionaría en el caso un gravamen de imposible o insuficiente reparación ulterior. Ciertamente, no basta para ello con señalar que "…en nada obsta que no nos enfrentemos a un pronunciamiento definiti-

vo en el caso, ya que dada la trascendencia que adquiere una medida segregativa en la vida personal del afectado, es dable tutelarlo vía el presente remedio…" (fs. 27). Ello así, puesto que tales manifestaciones no son suficientes, sin más, para acreditar el carácter irreparable de los agravios que ocasionaría a la actora la sentencia que se intenta poner en crisis. El recurso, así planteado, no logra justificar la concurrencia de este presupuesto objetivo de impugnación.

En este punto resulta oportuno señalar que la cesantía o exoneración de un agente "... aunque conlleva la pérdida del salario del actor no acredita por sí el carácter irreparable del gravamen, ya que no se demuestra que esa fuera la única fuente de ingresos del profesional. Ello cobra singular relevancia cuando se aúna al hecho de que la pretensión cautelar no logró generar en la alzada el grado de convicción que acredite la apariencia de buen derecho en cabeza de la actora" (conf. mi voto *in re* "Mejuto Medrano, Eduardo s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Mejuto Medrano, Eduardo c/GCBA s/cesantías o exoneraciones de empl. públicos", expte. nº 4605/06 y su acumulado expte. nº 4716/06: "Mejuto Medrano, Eduardo s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Mejuto Medrano, Eduardo c/GCBA s/cesantías o exoneraciones de empl. públicos", sentencia del 23/8/2006).

Por ello, las referencias efectuadas respecto de este punto en el recurso de queja no constituyen una crítica razonada del fallo de la Sala Il que denegó la concesión del recurso de inconstitucionalidad.

4. Por otra parte, la invocación de agravios constitucionales y la tacha de arbitrariedad de la sentencia no son suficientes para superar la ausencia, en el caso, del recaudo de sentencia definitiva o equiparable a tal pues, como lo sostiene la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "(l)a invocación de arbitrariedad o de desconocimiento de garantías constitucionales no autoriza a prescindir de la existencia de pronunciamiento definitivo" (doctrina de *Fallos,* 304:749,1717; 306:1679, 312:311, entre otros; aplicable *mutatis mutandi* al recurso de inconstitucionalidad local).

En virtud de las consideraciones expuestas, de conformidad con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, corresponde rechazar el recurso de hecho planteado.

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:

1. El recurso de queja ha sido interpuesto en legal tiempo, forma y dirige una crítica concreta y suficiente contra el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad.

2. En su recurso de inconstitucionalidad la recurrente señala, acertadamente, que "todo pasa por evaluar cuál de los intereses en pugna es digno de mayor protección y tutela", y alega también, con razón que la decisión de denegar la cautelar

—que tenía como propósito la suspensión del acto administrativo por el cual se la exoneró— constituye una sentencia definitiva. Esta posición, que comparto, justifica sostener que la sentencia impugnada es equiparable a definitiva (primer recaudo para la admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad).

Asimismo, es de destacar que las consecuencias de la exoneración repercuten gravemente en múltiples aspectos de la vida de la persona afectada. Esa afectación no se limita a aspectos económicos, supone un grado mayor de complejidad: la exoneración incide, desde luego en la subsistencia de la actora, pero también en sus posibilidades de reinserción laboral y, seguramente, en toda su vida de relación.

Para tener certeza acerca de los hechos que se le imputan a la exonerada, es imprescindible agotar el proceso penal. Aún en la hipótesis de que Corso fuera absuelta, se le reconociera una eventual indemnización o se la reinstalara en su cargo, gran parte de las lesiones enumeradas y que derivan de la decisión administrativa impugnada se habrían tornado irreparables.

3. En oportunidad de votar en expte. nº 5872/08 "Perez Molet, Julio César s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Perez Molet, Julio César c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'" (sentencia del 27/8/2008), expresé que "…la relevancia que se reconozca al principio constitucional de "tutela efectiva" (conf. art. 25 CADH) incide en la definición que se adopte de 'sentencia definitiva'. Aquí se trata de pensar en el proceso como garantía de acceso a la justicia, lo que obliga a preguntarse cuándo y bajo qué circunstancias las contingencias que preceden a la conclusión formal del proceso, los caminos que se escojan o los que se desechen y el transcurso del tiempo, inciden implacablemente en la posibilidad de otorgar o denegar al justiciable la tutela efectiva que reclama y a la que la norma constitucional obliga". Estas reflexiones son pertinentes en el caso para concluir que hay sentencia equiparable a definitiva y que la denegatoria de la cautelar pone en crisis el principio de inocencia (garantía federal y convencional que podría estar interferida por la interpretación de una ley local).

4. En el marco limitado de una cautelar, y sin que ello importe abrir juicio para sobre el fondo, me limitaré a señalar que las facultades exorbitantes de la Administración, sólo consagradas legalmente y que la autorizan a imponer sanciones aún pendiente la decisión en el juicio penal —conf. art. 53, ley 471—, deben ceder ante la efectividad del derecho al trabajo que goza de protección constitucional en su ejercicio y goce; efectividad que tiene especial relevancia en materia de empleo público (art. 14 bis, C.N.).

5. Tampoco parece sensato exigir a la actora que pruebe, para justificar el gravamen irreparable que le causa la decisión, que el salario (hecho no controvertido) del que se ve privada es su único ingreso. Está fuera de discusión que no cabe imponer a quien alega la existencia de un hecho negativo genérico la carga de probarlo, porque ello implica la exigencia de una prueba "diabólica". Una imposición de ese tipo viola directamente el derecho a ser oído con las debidas garantías (art. 8.1, CADH) y la posibilidad de intervenir útilmente en el proceso. En circunstancias como las mencionadas, tanto la doctrina como la práctica procesal dejan a cargo de la contraria refutar lo alegado mediante la acreditación de, al menos, un hecho

positivo que ponga en crisis los hechos negativos genéricos (conf., Taruffo, Michele: *La prueba de los hechos*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 138 y ss.).

Por último, parece razonable concluir que entra en el marco de lo verosímil en una controversia de índole laboral, admitir que la trabajadora no percibe otra remuneración, o que si lo tuviera, no sería suficiente para asegurar su sustento.

Considero, en síntesis, que la queja es admisible y el recurso de inconstitucionalidad procedente.

En consecuencia, corresponde: *1)* admitir la queja; *2)* hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad; *3)* revocar la sentencia apelada y hacer lugar a la medida cautelar en los términos solicitados en el punto VII del escrito de fs. 5 de los principales; y sujeta a las siguientes especificaciones, en atención a las facultades que me concede el art. 184 del CCAyT: *a)* disponer la restitución de la actora; y *b)* dejar a criterio de la Administración el lugar y tareas —siempre que sean equivalentes— en donde deberá cumplir sus funciones hasta tanto se resuelva definitivamente su situación. 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 Teresa Rafaela Corso.

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 - José O. Casás.*

XXII

"GARCÍA PRIETO, HORACIO Y OTROS S/QUEJA POR RECURSO DE APELACIÓN ORD. DENEGADO EN: 'GCBA C/NEXTEL COMMUNICATIONS ARGENTINA S.A. S/EJECUCIÓN FISCAL ING. BRUTOS —CONVENIO MULTILATERAL'"

RECURSO ORDINARIO DE APELACIÓN: Regulación de honorarios profesionales. VALOR DISPUTADO: Única pretensión recursiva. Acumulación de intereses. MULTA TRIBUTARIA NO EJECUTORIADA: Excepción de inhabilidad de título. Labor profesional.

SUMARIOS:

1. El monto que corresponde tener en cuenta a los fines de la admisibilidad del recurso ordinario de apelación es el del valor "disputado" (conf. art. 26, inc. 6º,

de la ley 7, modificado por el art. 2º, de la ley 189) y no el de condena, de modo que en la regulación de honorarios, el valor discutido viene dado por la diferencia entre el monto regulado en las instancias de mérito y el importe pretendido por los recurrentes, el que supera los $ 700.000 establecidos en el citado art. 26. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

2. Dada la cuantiosa y pacífica jurisprudencia de la justicia local, incluida la de este Tribunal, en la que se ha sentado la doctrina según la cual no pueden ser ejecutadas las multas que no se encuentren firmes y ejecutoriadas, a diferencia de lo que sostienen los recurrentes, la argumentación que debieron desarrollar para que prosperase la excepción por ellos planteada no es una que revista gran complejidad. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véanse votos de las señoras juezas Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde).*

3. Sin desconocer el amplio margen de discrecionalidad que tanto la ley 21.829 como la 24.432 confieren a los jueces, una regulación de honorarios por debajo del 1 % del monto del proceso luce exigua, si se tiene en cuenta la responsabilidad que los valores controvertidos implican para quienes defienden los derechos de las partes comprometidas en la causa y; por otra parte una regulación que constituya el 6,43 % del mencionado monto resultaría notoriamente desproporcionada con el trabajo que debieron realizar los abogados recurrentes, consistente en plantear una excepción de inhabilidad de título frente a una multa tributaria que se pretendía ejecutar y que no se encontraba firme. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, Ana María Conde y José O. Casás).*

4. El argumento del GCBA dirigido a que el recaudo de admisibilidad del recurso ordinario de apelación debería verificarse respecto de cada uno de los profesionales recurrentes puesto que “el valor disputado en último término” al que hace referencia el art. 26 de la ley local 7 debe ser considerado respecto de las pretensiones individuales de cada una de las partes, no resultan aplicables cuando se encuentra involucrada una única pretensión recursiva. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

5. A los efectos de la estimación de los honorarios, no deben acumularse los intereses al capital, sino que debe practicarse la regulación exclusivamente sobre el quantum de este último. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. SACAyT nº 6221/08 - 10/3/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) promovió, por vía de ejecución fiscal, contra Nextel Comunications Argentina S.A.

(en adelante, Nextel), contribuyente de ISIB, por el cobro de $ 12.016.518,40, más sus intereses y costas, en concepto de multa por omisión fiscal (fs. 3/4).

2. Nextel opuso excepción de inhabilidad de título (fs. 56/65) que fue admitida en primera instancia, y dio lugar al rechazo de la ejecución con imposición de costas al GCBA (fs. 147/149). En la sentencia se regularon los honorarios de la dirección letrada y representación de Nextel en la suma de $ 150.000, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 6º, 7º, 13, 37, 40 y concordantes de la ley arancelaria y su modificatoria ley 24.432, más el 1 % correspondiente a lo dispuesto por los arts. 62 inc. 2º y 81 de la ley 1181.

3. Los letrados de la parte demandada Fernando Guerrero, Jorge de Lucio y Horacio García Prieto y el GCBA apelaron la sentencia por entender baja la regulación ya que consideraban que a los fines regulatorios "el monto del proceso asciende a la suma de $ 15.625.077" correspondiendo a capital reclamado $ 12.016.518,40 y el resto a intereses resarcitorio y punitorios. Sostuvieron que la regulación de honorarios conjunta "debió ser realizada por entre el 6,43 % (...) y el 12,6 % del moto del proceso, es decir, entre la suma de $ 1.004.692 y la suma de $ 1.968.759" (fs. 152/157); y el GCBA, por la forma de imposición de las costas y por considerar altos los honorarios regulados (fs. 169/171).

4. La Sala II de la Cámara CAyT resolvió "1) Confirmar la sentencia apelada en cuanto impone las costas a la ejecutante. 2) Imponer las costas de la alzada en el orden causado. 3) Confirmar los honorarios regulados en la anterior instancia (arts. 6º, 7º, 9º, 10, 13, 37 y 40 ley arancelaria, modificada por la ley 24.432)" (fs. 213/214).

5. Los Dres. Fernando Guerrero, Jorge de Lucio y Horacio García Prieto interpusieron recurso ordinario de apelación ante el Tribunal (fs. 217).

6. La Sala denegó su concesión porque: *a)* el recurso no se dirigía contra una sentencia definitiva; y *b)* el monto disputado no superaba los $ 700.000 establecidos en el art. 26, inc. 6º, de ley 7, modificado por el art. 2º, de la ley 189 (fs. 221 y vta.).

7. Los letrados presentaron ante el Tribunal el recurso de queja por apelación denegada (fs. 237/244 vta.) que fue admitido por el Tribunal ya que la apelación se dirigía contra una sentencia definitiva y la cuantía de los agravios que los recurrentes pretendían someter a decisión del Tribunal surgía de la diferencia entre lo regulado ($ 150.000) y lo pretendido ("entre la suma de $ 1.004.692 y la suma de $ 1.968.759" (fs. 273/276).

8. Los recurrentes formularon sus agravios (fs. 279/283 vta.) que fueron contestados por el GCBA (fs. 287/295).

En su dictamen, el fiscal general adjunto se eximió de expedirse en relación con el asunto planteado pues, sostuvo, no advertía afectación al interés social, ni que

se hallara en juego normas constitucionales o de derecho público que trascendiera del mero interés de los recurrentes (fs. 305/306).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. El monto que corresponde tener en cuenta a los fines de la admisibilidad del recurso ordinario de apelación es el del valor "disputado" (conf. art. 26, inc. 6º, de la ley 7, modificado por el art. 2º, de la ley 189) y no el de condena como sostiene el GCBA. En el caso, tal como se indicó en la decisión del día 22/6/2009, el valor discutido viene dado por la diferencia entre el monto regulado en las instancias de mérito ($ 150.000) y el importe pretendido por los recurrentes, entre $ 1.004.692 y $ 1.968.759, el que supera, aún en el caso de la menor de esas dos cifras, los $ 700.000 establecidos en el citado art. 26.

Por su parte, el planteo del GCBA según el cual el monto disputado debería ser tomado en relación a cada uno los recurrentes, que funda en la doctrina de la CSJN elaborada con relación al recurso previsto en el art. 24, inc. 6º, apart. a) del dec. ley 1285/58, por las razones dadas en mi voto *in re* "Servipark S.A. c/GCBA s/contrato de obra pública s/recurso de apelación ordinario concedido" y sus acumulados expte. nº 4905/06 "Inco Construcciones S.A. s/queja por recurso de apelación denegado en: 'Inco Construcciones S.A. c/GCBA s/contrato de obra pública'" y expte. nº 4906/06 "Inco Construcciones S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Inco Construcciones S.A. c/GCBA s/contrato de obra pública'", expte. nº 4895/06, sentencia de este Tribunal del 4/5/2007, a las que cabe remitirse, debe ser rechazado.

2. Sentado ello, corresponde analizar los argumentos formulados en el recurso ordinario.

Los recurrentes se agravian de la desproporción que guardan, a su juicio, los honorarios que les fueron regulados con los montos cuyo cobro se perseguía en la presente ejecución fiscal. Sostienen que dada la calidad de la labor profesional realizada y la complejidad de la argumentación que desarrollaron para que prosperase la excepción por ellos planteada (fs. 280 vta./282) sus honorarios debieron haber sido regulados de acuerdo a las previsiones de la ley 21.839, y no en base a la potestad que el art. 13 de la ley 24.432 le confiere a los jueces. Manifiestan que su regulación por los trabajos realizados debió haber rondado entre los $ 1.004.692 y los $ 1.968.759; valores que calculan en base a las pautas indicadas en el punto 3 de los "resulta".

3. La labor de los profesionales recurrentes consistieron en: *i)* el planteamiento de una excepción de inhabilidad de título fundada en el hecho de que la multa tributaria que se pretendía ejecutar en el *sub lite* no se encontraba firme; y *ii)* colaborar con la producción de la única prueba que se ordenó y se produjo en la causa: el libramiento de un oficio al Juzgado de primera instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 10, Secretaría Nº 20 para que informe algunas cuestiones

vinculadas a la causa caratulada "Nextel Comunications Argentina S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos". Además, la cuestión debatida en el *sub lite*: la posibilidad de que pueda ser reclamado por vía de ejecución fiscal el cobro de una multa tributaria que no esté firme, no es una que revista gran complejidad. Es cuantiosa y pacífica la jurisprudencia de la justicia local, incluida la de este Tribunal —citada tanto por el juez de grado como por la parte demandada para fundar su planteo—, en la que se ha sentado la doctrina según la cual no pueden ser ejecutadas las multas que no se encuentren firmes y ejecutoriadas. Así las cosas, cabe concluir que, a diferencia de lo que sostienen los recurrentes, la argumentación que debieron desarrollar para que prosperase la excepción por ellos planteada no es una que revista gran complejidad.

En esas circunstancias encuentro razones bastantes para tomar los porcentajes del art. 40 de la ley 21.839 como referencia, pero sin omitir la aplicación del art. 13 de la ley 24.432.

4. Los recurrentes han sostenido que el monto del proceso, a los fines regulatorios, asciende a $ 15.625.077 (conf. el art. 19 de la ley 21.839); importe al que arriban adicionándole al capital reclamado, $ 12.016.518,40, los montos que, a su juicio, hubiesen correspondido calcular en concepto de interés resarcitorio, $ 1.385.504, y punitorio, $ 2.223.055,90, de haber prosperado la presente ejecución. Esas cifras no fueron controvertidas por el GCBA, por lo que cabe concluir que a ese monto ascendía la pretensión de cobro inicial.

El importe regulado en las instancias de mérito fue de $ 150.000 por todo concepto. Ese monto constituye algo menos que el 1 % de $ 15.625.077 calculado como monto del proceso. No desconozco el amplio margen de discrecionalidad que tanto la ley 21.829 como la 24.432 confieren a los jueces. Pero, una regulación por debajo del 1 % del monto del proceso, en el caso, luce, a mi criterio, exigua, máxime si se tiene en cuenta la responsabilidad que los valores controvertidos implican para quienes defienden los derechos de las partes comprometidas en la causa. Ahora bien, una regulación que constituya el 6,43 % del mencionado monto (porcentaje al que se arribaría en el supuesto en que se acudiera a los mínimos previstos en la ley 21.839 para el supuesto que nos ocupa)[1], resultaría, a la luz de lo indicado en el punto 3 de este voto, notoriamente desproporcionada con el trabajo que debieron realizar los abogados recurrentes. En ese marco, entiendo razonable regular los

[1] Conf. lo dispuesto en el art. 40 de la ley 21.839 en el caso habría que tomar la escala del art. 7º y reducirla en un 10 % (por lo que ella quedaría, entre el 9,9 % y el 18 %) y luego dividirla por 2 (dado que sólo se cumplió con la primera de las etapas indicadas en el mencionado art. 40 en el *sub lite*). Además, como el Dr. Fernando Guerrero y el Dr. de Lucio intervinieron también como apoderados, debería adicionarse al importe que surjan de aplicar esos porcentajes entre un 30 % y un 40 % en concepto de honorarios para los letrados que actuaron como apoderados (conf. el art. 9º de la ley 21.839). En resumen, en el supuesto de tomarse los mínimos previstos, la cuenta del porcentaje a aplicar sería la siguiente: 9,9 % más un 30 % y luego dividido por 2 = 6,43 %.

honorarios de los apelantes en $ 320.000 por todo concepto, con más el impuesto al valor agregado, si correspondiere.

Por lo expuesto, voto por hacer lugar al recurso de apelación planteado por los abogados Fernando Guerrero, Jorge de Lucio y Horacio García Prieto y modificar la regulación practicada en las instancias anteriores en la forma indicada en el punto que antecede. Costas por su orden ya que el GCBA pudo, razonablemente, considerarse con derecho a oponerse a la apelación de los actores.

La jueza Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde dijeron:

1. Ya nos hemos manifestado a favor de la admisibilidad del presente recurso en la decisión recaída en autos con fecha 22/6/2009, a la que nos remitimos y mantenemos en todos sus términos, toda vez que las impugnaciones del GCBA no logran conmoverse la opinión allí expresada.

2. Compartimos los fundamentos que el señor juez de trámite vierte en los acápites 3 y 4 de su voto.

Las consideraciones que anteceden fundan la concesión del recurso con el alcance dispuesto por nuestro colega preopinante, solución con la que acordamos.

Así votamos.

El juez José O. Casás dijo:

1. En primer lugar, las objeciones formuladas por el GCBA respecto de la admisibilidad formal del recurso ordinario de apelación deben ser rechazadas. Con fecha 22/6/2009 este Tribunal ya señaló que la suma involucrada en concepto de gravamen —esto es, la diferencia entre el monto de los honorarios regulados y los que a juicio de los recurrentes corresponderían— supera el mínimo legal necesario para habilitar esta instancia (conf. fs. 273/276); por otra parte, las manifestaciones contenidas en el escrito de fs. 287/295 no exponen ningún argumento tendiente a poner en crisis los fundamentos expresados oportunamente.

El GCBA sostiene además que este recaudo de admisibilidad debería verificarse respecto de cada uno de los profesionales recurrentes puesto que "el valor disputado en último término" al que hace referencia el art. 26 de la ley local 7 debe ser considerado respecto de las pretensiones individuales de cada una de las partes, conforme lo ha señalado reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para la apelación ordinaria ante ese estrado. Sin embargo, en mi concepto, tales reflexiones no resultan aplicables al *sub examine* por cuanto aquí se encuentra involucrada una única pretensión recursiva. En efecto, en este punto resulta oportuno recordar que el art. 10 de la ley de aranceles (ley 21.839), en su parte pertinente, establece que "cuando actuaren conjuntamente varios abogados o procuradores por una misma parte, a fin de regular honorarios se considerará que ha existido *un solo patrocinio o una sola representación*, según fuere el caso" (el destacado ha sido añadido).

2. Corresponde adentrarse entonces en el tratamiento de las impugnaciones esgrimidas por los letrados Horacio García Prieto, Fernando Guerrero y Jorge De

Lucio respecto de la regulación de honorarios practicada por el juez de primera instancia en la resolución de fs. 147/149, oportunamente confirmada por la Sala II Cámara CAyT.

2.1. En forma liminar cabe efectuar alguna aclaración respecto del monto que los presentantes han tenido en cuenta a los fines regulatorios. Ello así, por cuanto considero que no corresponde identificar como base para la regulación la suma de $ 15.625.077 (cifra a la que arriban adicionándole al capital reclamado —$ 12.016.518— los montos correspondientes a intereses resarcitorios —$ 1.385.504— y punitorios —$ 2.223.055,90—). De acuerdo a lo decidido reiteradamente por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de la estimación de los honorarios, no deben acumularse los intereses al capital, sino que debe practicarse la regulación exclusivamente sobre el quantum de este último (*Fallos,* 317:1378; 325:242; entre muchos otros; y más recientemente *in re* "Autolatina Argentina S.A. v. Dirección General Impositiva" —*Fallos,* 330:704—, sentencia del 13/4/2007). En consecuencia, entiendo que los honorarios por la actuación desplegada por los letrados recurrentes deben calcularse en el *sub examine* a partir del monto de la multa reclamada en la presente ejecución fiscal; esto es, la suma de $ 12.016.518.

2.2. Sentado lo expuesto, comparto las apreciaciones que formula en su voto el Señor juez de trámite, Dr. Luis F. Lozano; primero, en cuanto a que los emolumentos fijados por los jueces de la causa en este caso merecen ser elevados y, segundo, en cuanto a que una aplicación estricta y automática de los porcentajes fijados legalmente daría por resultado una suma desproporcionada en relación con los trabajos desarrollados. En este último punto, acompaño los desarrollos efectuados por mi distinguido colega para apartarse de los mínimos arancelarios fijados por la ley 21.839, de acuerdo a las previsiones del art. 13 de la ley 24.432.

Desde esta perspectiva, entiendo que la suma de $ 320.000 —por todo concepto— permitiría retribuir con justeza la labor profesional efectivamente desplegada por los letrados intervinientes en su carácter de apoderados (Dres. De Lucio y Guerrero) y patrocinantes (Dres. García Prieto, De Lucio y Guerrero). Esta cifra —a la que se arriba mediante la aplicación de una alícuota superior a la utilizada por mis colegas preopinantes en concepto de honorarios aunque sobre una base de cálculo inferior, por deducción de los intereses según lo expresado en el punto 2.1 de este voto— viene a converger con el importe fijado por el señor juez de trámite.

2.3. Por los motivos expuestos, los honorarios reclamados deben regularse en la suma de $ 320.000 por todo concepto, con más el impuesto al valor agregado, si correspondiere, por revestir los perceptores el carácter de responsables inscriptos (conf. doctrina de la CSJN *in re* "Compañía General de Combustibles S.A." —*Fallos,* 316:1533—, sentencia del 16/6/1993). Los emolumentos serán fijados a la orden conjunta de los tres letrados de la parte demandada para que ellos mismos los distribuyan de acuerdo a los trabajos efectivamente realizados o a lo oportunamente convenido, y en tanto no exista un requerimiento expreso de los beneficiarios que

lleve a este Tribunal a pronunciarse respecto de la asignación particularizada de los honorarios a favor de cada uno de ellos.

3. En suma, voto por hacer lugar al recurso ordinario de apelación interpuesto por los abogados Horacio García Prieto, Fernando Guerrero y Jorge De Lucio y modificar la regulación practicada en primera instancia y confirmada por la Cámara en la forma indicada precedentemente, con costas a la vencida.

Así lo voto.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* al recurso ordinario de apelación planteado por los abogados Fernando Guerrero, Jorge de Lucio y Horacio García Prieto, con costas en el orden causado.

2º. *Modificar* la regulación practicada en las instancias anteriores y regular los honorarios, en forma conjunta, de Fernando Guerrero, Jorge de Lucio y Horacio García Prieto en $ 320.000 más IVA, si correspondiere.

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 - José O. Casás.*

XXIII

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

RECURSO DE QUEJA. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. IMPUESTO SOBRE LOS INGRESOS BRUTOS: Base imponible. Alícuota agravada. Política fiscal. BINGO: Comercialización de billetes de lotería y juegos de azar. Administración o explotación de juegos de azar.

SUMARIOS:

1. Si bien el sistema tributario liga base reducida y tarifa agravada de manera tal que es habitual que el contribuyente no pueda liquidar el ISIB con base especial y tasa general, de ello no se desprende, sin más, que el legislador no pueda decidir gravar con una alícuota agravada a un contribuyente que debe conformar su base imponible mediante el principio general, esto es, aquella que se determina sobre la base de los ingresos brutos devengados durante el período fiscal por el ejercicio de

la actividad gravada, y menos aún, que esa decisión resulte, *per se,* inconstitucional. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde).*

2. No existe una garantía constitucional a que la liquidación del ISIB cuando se realiza sobre la base general deba estar atada a la alícuota general prevista para ese tributo, pues ello depende, exclusivamente, de la política fiscal que quiera implementar el legislador con relación a determinada actividad, sin perjuicio de los planteos que, en cada caso, pueda llegar a tener un determinado contribuyente con relación a su situación particular, a la luz de las garantías que le acuerdan la constitución tanto local como nacional. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

3. El CF dispone que la base imponible de la actividad de comercialización de billetes de lotería y juegos de azar, debe estar constituida por la diferencia de los precios de compra y de venta cuando los valores de compra y de venta son fijados por el Estado, pero las normas tarifarias no acotan la aplicación de la alícuota del 4,5 % únicamente a ese supuesto, sino que hacen referencia, en forma general, a la actividad de comercialización de billetes de lotería y juegos de azar. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces José O. Casás y Alicia E. C. Ruiz).*

4. La Real Academia Española define al término “bingo” como juego de azar, variedad de lotería, en el que cada jugador debe completar los números de su cartón según van saliendo en el sorteo, contexto en el que parece razonable la interpretación que realizó la Administración al aplicar la norma al supuesto de venta de cartones de bingo (y su variantes), en tanto esa actividad constituye una variedad de lotería; actividad esta última expresamente abarcada por el art. 52 de la Ley Tarifaria. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

5. La base sobre la que el Bingo actor liquida el ISIB no dista mayormente de la que toman los agencieros de billetes de loterías cuando el precio de compra y de venta de los billetes lo establece el Estado, pues tanto él como el agenciero tributan por la ganancia bruta que obtienen por la realización de su actividad, la venta de billetes de lotería en un caso, y la de cartones de bingo en el otro, es decir, el agenciero tributa sobre la diferencia del precio de compra y de venta y, la actora lo hace sobre la ganancia bruta que le queda de la venta de cartones de bingo de acuerdo a las previsiones de la ley 11.018 de la provincia de Buenos Aires y el convenio celebrado con distintas entidades de bien público. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces José O. Casás, Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde).*

6. Si bien la interpretación de los preceptos impositivos de esta jurisdicción no habilitan el recurso de inconstitucionalidad previsto en el art. 113, inc. 3º CCBA y art. 26, inc. 4º de la ley 7, tal regla puede ceder cuando el recurrente demuestra en forma acabada y convincente que se ha infringido, al desentrañar los preceptos en juego, el significado de 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 una minoración o agravamiento de la tarifa o de la cuota, torna procedente una u otra base de cálculo o habilita o desecha la aplicación de

una exoneración o beneficio, por hallarse comprometido, el principio de reserva de ley tributaria pues, únicamente en tal hipótesis de excepción puede habilitarse la competencia de este estrado. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

7. 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, donde la interpretación misma dada a las normas impositivas nacionales —excluidas las regulaciones de carácter procesal—, configuran un "caso federal" que habilita la intervención de la superior instancia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

8. Tanto en el diseño del Impuesto a las Actividades Lucrativas —incorporado inicialmente al Código Fiscal de la provincia de Buenos Aires para el año 1948 y luego extendido a los estados locales, incluida la Municipalidad de Buenos Aires hoy Ciudad Autónoma de Buenos Aires—, como en el impuesto sobre los ingresos brutos, llamado a reemplazarlo, se tuvo en cuenta estructurar un impuesto polifásico acumulativo que, por regla general, computa como base imponible el monto total de cada transacción en las distintas etapas del ciclo económico, y una alícuota básica, debiendo, por tanto, los supuestos de excepción, en uno u otro aspecto, surgir expresamente de la ley. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

9. El art. 52, inc. 5º de la Ley Tarifaria para el año 2002 que se encuentra controvertido dispone que de conformidad con lo dispuesto por el Código Fiscal, se establece para las actividades que enumerada, las tasas que en cada caso se indican, entre ellas, a la comercialización de billetes de lotería y juegos de azar autorizados se le aplica la alícuota del 4,5 %, de modo que de esta norma se desprende, de manera indubitada, la finalidad que tuvo en miras el legislador, cual es gravar con una alícuota especial a la explotación, en la Ciudad, de juegos de azar autorizados. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

10. Si bien es cierto que el legislador ha incurrido en cierta imprecisión al redactar el precepto del art. 52, inc. 5º de la Ley tarifaria para el año 2002, ya que la "comercialización de juegos de azar" también podría considerarse referida a la venta de los juegos de mesa que permiten desarrollar actividades azarosas (dados, naipes, etc.), porque el término "juegos de azar" se refiere tanto a la actividad lúdica azarosa como a los aludidos juegos de mesa, hubiera sido más preciso referirse a la "administración" o "explotación" de juegos de azar, y no a la comercialización, pero una interpretación teleológica o finalista de la norma nos permite sostener que el legislador estableció una alícuota agravada para los ingresos provenientes de cualquier juego de azar, que involucra, entre otros, la lotería. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

11. El legislador consideró necesario establecer una base imponible especial para el supuesto específico de comercialización de juegos de azar, entre ellos los billetes de lotería, cuando los valores de compra y venta son fijados por el Estado, pese a que hay otros juegos de azar en los que los ingresos de quienes los explotan o administran no consisten en la diferencia entre precios de compra y venta de los billetes establecidos por el Estado, como ocurre con la actividad de bingo desarrollada por la actora; pero la Ley Tarifaria incluye a estos casos, ya que no restringe su aplicación a los supuestos mencionados por el Código Fiscal. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. SACAyT nº 6720/09 - 10/3/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Sala II de la Cámara CAyT, al confirmar la sentencia de primera instancia, declaró la nulidad de la resol. 7041/DGR/02 (y la de sus confirmatorias, las resols. 1194/DGR/03 y 25/SHyF/04) mediante la cual se: *i)* impugnaron las liquidaciones presentadas por la sociedad en el ISIB para los períodos fiscales correspondientes a los años: 1995 (12º ant. mens.), 1996 (1º a 12º ant. mens.), 1997 (1º a 12º ant. mens.), 1998 (1º a 12º ant. mens.), 1999 (1º a 12º ant. mens.), 2000 (1º a 3º, 5º a 12º ant. mens.), 2001 (1º a 12º ant. mens.) y 2002 (1º a 5º ant. mens.); *ii)* determinó de oficio, sobre base cierta, la materia imponible y el impuesto resultante para esos períodos en $ 36.922; *iii)* estableció que la actividad que realiza la actora objeto de la determinación sujeta al ISIB consiste en la explotación y administración de diversos juegos de azar, actividad por la que le corresponde tributar en el ISIB a una alícuota del 4,5 %; *iv)* tuvo a la actora por incursa en la figura de omisión fiscal, motivo por cual se le impuso una multa de $ 23.999,30 (monto equivalente al 65 % del impuesto omitido); y *v)* intimó a la sociedad Bingos Platenses los indicados en el término de 15 días (fs. 305/306).

Para así resolver, sostuvo, principalmente, que no pueden serle aplicadas a la actora las previsiones de las leyes tarifarias que establecen una alícuota agravada del 4,5 % en el ISIB para la actividad de "[c]omercialización de billetes de lotería y juegos de azar autorizados", como entendió la Administración. Ello así, porque la forma en que distribuye lo recaudado por la actividad de administración y explotación de una sala de Bingo, en virtud de lo dispuesto en la ley 11.018 de la provincia de Buenos Aires y en el convenio suscripto entre ella y varias entidades de bien público, lleva a que la conformación de su base imponible en el ISIB no se acomode a las previsiones del art. 155 del C.F., t.o. 2002, que establecen una base reducida conformada por la diferencia de los precios de venta y de compra para la actividad de "[c]omercialización de billetes de lotería y juegos de azar autorizados, cuando los valores de compra y de venta son fijados por el Estado". En ese orden de ideas, la Cámara señaló que "…no cabe duda que si bien es cierto que la actora administra y explota una sala de bingo, no lo es menos que la base imponible no se determina conforme estipula la normativa estudiada (C.F. art. 155 y Ley Tarifaria ar[t]. 52) y por lo tanto no le puede ser aplicable —sin más— como pretenden el demandado" (fs. 305 vta.). Apoyó esa última conclusión en el hecho de que, a su criterio, únicamente podría aplicársele a la actora la mencionada alícuota agravada si se realizase una aplicación analógica de la norma, cosa que viene vedada en el derecho tributario.

2. El GCBA interpuso contra esa decisión un recurso de inconstitucionalidad (fs. 319/332). En él, principalmente, tacha de arbitraria la sentencia de Cámara. Sostiene que el *a quo* prescindió de aplicar, sin haber dado motivo válido alguno, el art. 52 de la Ley Tarifaria, t.o. 2002, que establece, en lo que ahora importa, que la actividad por la que le fue realizado a la actora el ajuste acá impugnado, la explotación de juegos de azar autorizados, debe ser liquidada en el ISIB a una alícuota del 4,5 %. Señala, asimismo, que esa situación, también, resulta violatoria de los arts. 16, 17, 18, 19, 129 de la C.N. y 9º, 10, 12, inc. 5º, 13 y 51 de la CCBA (315/315 vta.).

Manifiesta que, a diferencia de lo que entendieron los jueces de mérito, su parte no hizo uso de interpretación analógica alguna para gravar la actividad de la actora de venta de cartones de bingo a una alícuota del 4,5 %, sino que se limitó a aplicar el art. 52 de la Ley Tarifaria, t.o. 2002. Afirma, en ese sentido, que "…la actividad de la actora encuadra perfectamente en la actividad descripta en la norma. Mi parte no ha hecho otra cosa que aplicar la alícuota correspondiente a la actividad, tal como prevé el artículo" (fs. 322 vta.). A lo que agrega, que "[e]l bingo es un juego de azar y como tal se encuentra alcanzado por el art. 52, inc. 5º de la Ley Tarifaria (2002)" (fs. 322 vta.).

Aduce, a su vez, que el *a quo* al no aplicar las previsiones del mencionado art. 52 violó la división de poderes porque sustituyó la intención del legislador de gravar la actividad de venta de cartones de bingo que realiza la actora a una alícuota del 4,5 % (fs. 316/317 vta.). Sostiene, también, que ello resulta violatorio del principio de igualdad porque la Cámara, al fallar en la forma que lo hizo, otorgó a la actora un privilegio del que carecen el resto de las empresas que comercializan billetes de lotería y juegos de azar. En línea con ello, manifiesta que la actora tributará por su actividad por la alícuota general, en cambio, el resto de los contribuyentes que realicen idéntica actividad deberán hacerlo a una alícuota del 4,5 % (fs. 317 vta.).

Finalmente, sostiene que la sentencia resulta violatoria del principio de congruencia porque al encontrar apoyo en la forma en que se configura la base imponible de la sociedad actora se apartó de la discusión propuesta por las partes.

3. Previa contestación del traslado por la parte actora (fs. 336/350), la Sala II denegó la concesión del recurso porque los planteos del recurrente no mostraban la existencia de una cuestión constitucional, atento que el fallo recurrido había encontrado apoyo en la interpretación de normas locales no constitucionales, como lo son el Código Fiscal, la Ley Tarifaria y la ley 11.018 de la provincia de Buenos Aires. A su vez, señaló que el recurrente no mostraba la arbitrariedad invocada (fs. 352/353).

4. Ante esa denegatoria, el demandado interpuso la queja que obra a fs. 37/47 (del expediente de la queja).

5. El señor fiscal general adjunto dictaminó porque se rechace la queja; para opinar lo cual, sostuvo que el recurrente no ha logrado demostrar en el *sub lite* ni la existencia de una cuestión constitucional ni la arbitrariedad invocada, sino,

únicamente, una mera discrepancia con lo resuelto por los jueces de mérito (fs. 55/57, del expediente de la queja).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Por las razones que se desarrollan a continuación, corresponde declarar mal denegado el recurso de inconstitucionalidad de fs. 309/332.

2. Según surge de las constancias de la causa, sin que exista controversia al respecto, la actora es contribuyente de Convenio Multilateral, encontrándose inscripta en ese carácter en la CABA, y tributa ISIB por los ingresos que obtiene de distintas actividades que realiza en un bingo ubicado en la provincia de Buenos Aires; entre las que se encuentran: la de ventas de comidas, bebidas y cigarrillos, la de agencia de lotería y la de venta de cartones para realizar el juego bingo y sus variantes.

2.1. Por su parte, conforme relatan los jueces de mérito, la parte actora solicitó que se decrete la nulidad de la resol. 7041/DGR/02 (y sus confirmatorias, las resols. 1194/DGR/03 y 25/SHyF/04) mediante la cual, afirmó, se ajustaron sus liquidaciones de ISIB para los períodos indicados en el punto 1 de los "resulta". Sostuvo para ello que, a diferencia de lo que entendió la Administración, no debe tributar los ingresos que obtiene por la venta de cartones de bingo a una alícuota del 4,5 %, sino que debe hacerlo a una del 3 %; para fundar lo cual, expresó que los ingresos que obtiene por la venta de cartones no están alcanzados por las previsiones de las normas tarifarías que establecen que la [c]omercialización de billetes de lotería y juegos de azar autorizados" debe tributar a una alícuota del 4,5 %, toda vez que ella no resulta la explotadora de la actividad bingo, sino que sólo participa en un porcentaje de lo recaudado por facilitar su realización. A lo que agregó, que también obsta a la procedencia del ajuste el hecho de que no liquida su base por lo recaudado por la venta de cartones de bingo de acuerdo a los dispuesto en las normas fiscales de la CABA para la comercialización de billetes de lotería y juegos de azar, sino que lo hace de acuerdo a las previsiones de la ley 11.018 de la provincia de Buenos Aires. La descripción de este último planteo basta para mostrar la improcedencia del agravio que formula el recurrente vinculado con el principio de congruencia (véase punto 2, *in fine*, de los "resulta").

Ambas instancias de mérito declararon la nulidad de la resol. 7041/DGR/02 y, por ende, de la de sus confirmatorias, las resols. 1194/DGR/03 y 25/SHyF/04, porque entendieron que a la actora le correspondía tributar por los mencionados ingresos a la alícuota general del 3 %.

3. En lo que ahora importa, el *a quo* aun cuando concluyó que la actividad que realiza la Bingos Platenses por la que fue determinada la obligación acá discutida consiste en la de administrar y explotar un bingo, resolvió que no debía liquidar sus ingresos en el ISIB a la alícuota agravada del 4,5 %. Apoyó esa decisión en el hecho de que la parte actora no determina su base imponible sobre la diferencia que

surge de restarle al precio de venta de los cartones de bingo el precio de compra, tal como prevé el art. 155 del C.F., t.o. 2002, (y en igual sentido en las normas fiscales vigentes para los años aquí discutidos: véanse arts. 155 C.F., t.o. 2001 y 2000, 145 C.F., t.o. 1999, 132 ordenanza 40.731, t.o. 1998 y 130, de esa misma ordenanza, t.o. 1997-1994) para el caso de la "[c]omercialización de billetes de lotería y juegos de azar autorizados, cuando los valores de compra y venta son fijados por el Estado". En este orden ideas, el *a quo* señaló que la parte actora determina su base de acuerdo al sistema de distribución organizado por la ley 11.018 de la provincia de Buenos Aires, en particular en su art. 7º, y el convenio celebrado entre ella y la entidad Cooperadora Casa Cuna y las Fundaciones Estadio Ciudad de la Plata y Florencio Pérez; sistema que, afirmó, lleva a que la base imponible de la actora esté constituida por el 18,5 % de lo recaudado en concepto de venta de cartones de bingo. Esa situación, impide, a criterio de la Cámara, que le puedan ser aplicadas a la actora las previsiones de las leyes tarifarias que establecen que la actividad de comercialización de billetes de lotería y juegos de azar debe tributar a una alícuota del 4,5 %, puesto que ellas estarían destinadas a reglar un supuesto similar al de Bingos Platenses, pero no idéntico, esto es, a aquel contribuyente que comercialice billetes de lotería y juegos de azar y determine su base imponible con la diferencia que arroje el valor de venta sobre el valor de compra de los cartones de que se trate.

4. En virtud de los expuesto *supra*, cabe señalar que no me pasa por alto el hecho de que la determinación de oficio que se viene controvirtiendo, cuya nulidad decretaron los jueces de mérito, no abarcaría, únicamente, como parecen haber entendido las partes y los magistrados actuantes, los ingresos declarados por la venta de cartones de bingo (y sus variantes), sino también los provenientes de otras actividades, como lo es la de explotación de máquinas electrónicas de juegos de azar —conf. surge, entre otras, de los planillas de "determinación del ISIB y de diferencias parciales de verificación" agregadas a fs. 195/198, de las fs. 22/30 vta. y de las fs. 169/172, del expediente administrativo—. Empero, esos aspectos de la decisión administrativa exceden lo que este Tribunal puede resolver en virtud de los planteos formulados por las partes. La decisión que aquí se adopte estará acotada, únicamente, a lo que ha sido materia debate y los agravios formulados por el recurrente (véase punto 2 de los "resulta").

5. En ese contexto, de lo descripto en los párrafos que anteceden se desprende, en primer lugar, que no se ha controvertido la base sobre la que la actora liquida el ISIB por los ingresos que obtiene por la venta de cartones de bingo y, en segundo, que lo que en la presente causa se viene discutiendo es si Bingos Platenses S.A. debe liquidar el ISIB por los ingresos que le genera esa actividad a la alícuota general del 3 % o a una agravada del 4,5 %.

6. El razonamiento que utilizó el *a quo* para resolver que la actora debía tributar a la alícuota general podría ser sintetizado del siguiente modo: si hay base reducida hay alícuota agravada; de lo cual desprende que si no hay base reducida

no hay alícuota agravada sino que se debe aplicar la general. En efecto, a la Cámara le bastó con indicar que la actora no determina su base imponible en el ISIB conforme las previsiones del inc. 1º de art. 155 del C.F., t.o. 2002 (y en igual sentido en las versiones para los demás años aquí discutidos), que dispone que "[l]a base imponible está constituida por la diferencia entre los precios de compra y de venta" en el caso de la "[comercialización de billetes de lotería y juegos azar autorizados, cuando los valores de compra y venta son fijados por el Estado", para concluir que no podía serle aplicada la tasa especial del 4,5 % que prevé la Ley Tarifaria para la actividad de "[c]omercialización de billetes de lotería y juegos de azar autorizados" —conf. inc. 5º, de los arts. 52 de la L.T., t.o. 2002; 53 de la L.T., t.o. 2001; 51 de la L.T., t.o. 2000; 45 de la L.T., t.o. 1999; 43 de la ordenanza 52.239 (1998); 38 de la ordenanza 51.269 (1997); y 33 de la ordenanza 48.898 (1995 y 1996).

7. Ese fundamento resulta sólo aparente.

Primeramente, lo que el *a quo* expone como un razonamiento apto para sustentar su decisión presenta idéntica forma a este otro: si se es hombre se es mortal, por lo tanto, si no se es hombre, se es inmortal. Esta es una falacia formal típica que lleva a la Cámara a una conclusión falsa aun cuando asumamos que parte de una premisa verdadera, cosa que, por lo demás, tampoco es seguro. Efectivamente, el sistema tributario liga base reducida y tarifa agravada de manera tal que es habitual que el contribuyente no pueda liquidar, en el caso, el ISIB con base especial y tasa general —conf. mi voto *in re* "Plan Óvalo S.A. de ahorro para fines determinados c/DGR (resol. 3700/DGR/00) s/recurso de apel. jud. c/decis. DGR (art. 114, C.F.) s/recurso de apelación ordinario concedido", expte. nº 3351/04, sentencia de este Tribunal del 4/5/2005—. Empero, de ello no se desprende, sin más, que el legislador no pueda decidir gravar con una alícuota agravada a un contribuyente que debe conformar su base imponible mediante el principio general, esto es, aquella que "…se determina sobre la base de los ingresos brutos devengados durante el período fiscal por el ejercicio de la actividad gravada" (conf. arts. 143 C.F., t.o. 2002 y 2001; 144 C.F., t.o. 2000; 135 C.F., t.o. 1999; 123 ordenanza 40.731, t.o. 1998; y 121 de esa misma ordenanza, t.o. 1997-1994), debiéndose entender por ingreso bruto "el valor o monto total —en dinero, en especies o en servicios— devengado por el ejercicio de la actividad gravada" (conf. arts. 145 C.F., t.o. 2002 y 2001; 146, C.F., t.o. 2000; 136 C.F., t.o. 1999; 124 ordenanza 40.731, t.o. 1998; y 122 de esa misma ordenanza, t.o. 1997-1994). Menos aún, que esa decisión resulte, *per se,* inconstitucional. No existe una garantía constitucional a que la liquidación del ISIB cuando se realiza sobre la base general deba estar atada a la alícuota general prevista para ese tributo. Ello depende, exclusivamente, de la política fiscal que quiera implementar el legislador con relación a determinada actividad, ello, claro está, sin perjuicio de los planteos que, en cada caso, pueda llegar a tener un determinado contribuyente con relación a su situación particular, a la luz de las garantías que le acuerdan la constitución tanto local como nacional.

En segundo lugar, el *a quo* tampoco se ha hecho cargo de que el supuesto de base reducida previsto en la C.F. para el caso de la comercialización de billetes de lotería

y juegos de azar, no resulta idéntico que el que la L.T. dispone está alcanzado por una alícuota del 4,5 %. El C.F. dispone que la base imponible de esa actividad, la comercialización de billetes de lotería y juegos de azar, debe estar constituida por la diferencia de los precios de compra y de venta "…cuando los valores de compra y de venta son fijados por el Estado". En cambio, las normas tarifarias no acotan la aplicación de la alícuota del 4,5 % únicamente a ese supuesto, sino que hacen referencia, en forma general, a la actividad de comercialización de billetes de lotería y juegos de azar. En tales condiciones, tampoco resulta razonable, a la luz del texto de las normas, sujetar un supuesto al otro, como lo hizo el *a quo*.

Finalmente, cabe agregar que, aun cuando no ha sido materia de debate, asiste razón al GCBA recurrente en cuanto afirma que la actora, si bien no liquida su obligación tributaria sobre la base que indica el mencionado inc. 1º, del art. 155 del C.F., t.o. 2002 (en igual sentido en sus versiones para el resto de los años aquí determinados), tampoco lo hace en base al principio general. La actora, tal como quedó expuesto más arriba, no liquida su obligación en la CABA sobre la base de la totalidad de sus ingresos brutos producidos por la actividad que acá nos ocupa, sino que lo hace en base a la ganancia bruta que obtiene por la venta de los cartones de bingo, conf. lo dispuesto en la ley 11.018 de la provincia de Buenos Aires y el convenio que ha celebrado con varias entidades de bien público. Así las cosas, asiste razón al GCBA en señalar que la actora tributa el ISIB sobre base reducida, conformada por el 18,5 % del totalidad de sus ingresos brutos por la actividad de venta de cartones de bingo, aun cuando ésta no sea la que indica el mencionado art. 155 (véase tercer párrafo del punto 12 de este voto).

8. Lo dicho hasta ahora, lleva a descalificar la solución imaginada en la sentencia de fs. 253/260 en cuanto resolvió declarar la nulidad de la resol. 7041/DGR/02 (y sus confirmatorias, las resols. 1194/DGR/03 y 25/SHyF/04) con apoyo en el hecho de que la actora no liquida el ISIB sobre una base constituida por la diferencia de precio de compra y de venta de los cartones de bingo.

Ello sentado, resta establecer a qué alícuota corresponde liquidar el ISIB de que aquí se trata.

9. La presente instancia resulta suficiente para su tratamiento —conf. la doctrina de 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. nº 3260/04, sentencia del 16/3/2005, entre otros, y el art. 31 de la ley 402 que manda a este Tribunal a resolver cuando sea posible sobre el fondo del asunto, cuando revoca la resolución apelada—. En efecto, aun cuando el planteo descripto en el párrafo que antecede remite, a la interpretación que corresponde asignarle a normas locales no constitucionales —en particular, las normas tarifaría para los períodos aquí discutidos: años 1995 a 2002—, ello no obsta su tratamiento en esta instancia porque, conforme lo he señalado en otras oportunidades, una vez suscitada su competencia, no pesa sobre este Tribunal veda alguna en cuanto a la interpretación del derecho local o común, pues no está alcanzado por la reserva del

art. 75, inc. 12, de la C.N., ni existe una similar en la CCBA —conf. mi voto *in re* "Verseckas", ya citado—. En tales condiciones, no encontrándose controvertidas cuestiones relativas a los hechos, corresponde abocarse al análisis de la cuestión propuesta.

10. Con carácter previo, corresponde señalar que los jueces de mérito han caracterizado la actividad de la actora por la que se realizó la determinación aquí controvertida como de administración y explotación de una sala de bingo, caracterización de la que la parte actora no se ha hecho cargo al contestar el traslado que le fue conferido con motivo de la interposición del recurso de inconstitucionalidad por parte del GCBA; motivo por el cual se encuentra firme. En la única línea que desarrolla en su respuesta con relación a esa cuestión se limita a afirmar que su parte "…no tiene como actividad la explotación de salas de bingo sino, la prestación de servicios de esparcimiento relacionados con juegos de azar y apuesta en carácter de tercero contratante" (fs. 342). Empero, como señalé, no se ha hecho cargo de los argumentos que le dio la Cámara para concluir en la forma que lo hizo. Principalmente, el *a quo* tuvo en cuenta la actividad que la actora realiza y el objeto que surge de su Estatuto Social.

11. La norma tarifaria cuya interpretación acá se controvierte establece que "[d]e conformidad con lo dispuesto por el Código Fiscal, establécese para las actividades que se enumeran a continuación, las tasas que en cada caso se indica:[…]// Comercialización de billetes de lotería y juegos de azar autorizados 4,5 %" (conf. inc. 5º del art. 52 de la L.T., t.o. año 2002 y en igual sentido, en lo que acá importa, en los textos legales vigentes para el resto de los períodos discutido; véase punto 6 *in fine* de este voto).

Ciertamente el lenguaje utilizado no es del todo preciso. Prueba de ello lo constituye el hecho de que si se aplica literalmente el término "comercialización" sobre las expresiones "billetes de lotería" y "juegos de azar" dos actividades diferentes son las que terminarían gravadas a la alícuota agravada. Por un lado, la venta de billetes de lotería y, por el otro, la de cubiletes, cartas, dados, y de todo otro juego de mesa que conlleve azar en su práctica; cosa que no parece ser la intención del legislador. Ello debido al uso más o menos promiscuo de la palabra juego para nombrar hora el conjunto de piezas o elementos (naipes, por ej.) que sirven para desarrollar un juego o el ejercicio recreativo, de azar o de destreza, en sí. La idea de comercializar es, por cierto, más afín a las cosas que a describir la toma de apuestas.

12. Sin perjuicio de ello, en el *sub examine* no resulta necesario realizar un análisis pormenorizado del texto citado para resolver el presente conflicto. Si bien en las resoluciones aquí impugnadas la Administración sostuvo que la actividad gravada consiste en la "explotación y administración de diversos juegos de azar" y procedió a liquidar el ISIB sobre ingresos generados por diversas actividades de azar explotadas por Bingos Platenses entre ellas la de venta de cartones de bingos y sus variantes (entre las que se encuentra la lotería familiar grande y lotería familiar)

(conf. entre otras, las planillas agregadas a fs. 22/30 vta. y 195/198 del expediente administrativo). La actora no ha logrado demostrar que los ingresos que obtiene por esta última no están alcanzados por las previsiones del art. 52 citado y, por ende, por la alícuota agravada del 4,5 %.

La Real Academia Española define al término "bingo" como "*[j]uego de azar, variedad de lotería,* en el que cada jugador debe completar los números de su cartón según van saliendo en el sorteo" (el destacado no corresponde al original). En ese contexto, parece razonable la interpretación que realizó la Administración al aplicar la norma al supuesto de venta de cartones de bingo (y sus variantes), en tanto esa actividad constituye una variedad de lotería; actividad esta última expresamente abarcada por el citado art. 52. Esa definición, a su vez, resulta coincidente con el hecho de que el texto del art. 1º de la ley 11.018 de la provincia de Buenos Aires denomine al juego de azar cuya administración y explotación tiene a su cargo la actora, conforme lo resuelto por los jueces de mérito, como: 'lotería familiar', 'lotería familiar gigante' o 'bingo'.

A su vez, la forma en que liquida su base la actora no difiere, en sustancia, de la forma en que lo hacen los agencieros de lotería. Conforme surge de la sentencia de Cámara, Bingos Platenses no liquida su base imponible en el ISIB por los ingresos que obtiene por su actividad de venta de cartones de bingo de acuerdo al principio general, esto es, sobre la base de los ingresos brutos devengados durante el período fiscal, sino que lo hace, únicamente, por los importes que constituyen su ganancia bruta por la venta de los mencionados cartones, en el caso, esos ingresos representan el 18,5 % de los importes totales que recauda por esa actividad (véanse fs. 302 y 303, de la sentencia de Cámara). Es decir, la actora determina su base descontando de sus ingresos totales los porcentajes que, con arreglo a la ley 11.018 de la provincia de Buenos Aires debe distribuir: *i)* a quienes ganan premios; *ii)* al municipio donde está asentada la sala de juego; *iii)* al Ministerio de Acción Social de la provincia de Buenos Aires o al organismo que lo reemplazare; *iv)* a las municipalidades que integran la mencionada provincia y que no cuenta con salas de juego como la que explota la actora; *v)* al Instituto Provincial de Lotería y Casinos; *vi)* a equipamiento de la Policía Bonaerense; y *vii)* al Fondo de la Provincia de Educación. A su vez, al importe resultante también descuenta el porcentaje que con arreglo al convenio celebrado con la Cooperadora Casa Cuna y las Fundaciones Estadio Ciudad de la Plata y Florencio Pérez debe distribuirles a esas entidades de bien público (véanse fs. 302/302 vta. de la sentencia de Cámara).

En ese contexto, la base sobre la que liquida el ISIB la actora no dista mayormente, tal como afirmé, de la que toman los agencieros de billetes de loterías cuando el precio de compra y de venta de los billetes lo establece el Estado. Tanto la actora, como el agenciero del ejemplo, tributan por la ganancia bruta que obtienen por la realización de su actividad, la venta de billetes de lotería en un caso, y la de cartones de bingo en el otro. En efecto, el agenciero tributa sobre la diferencia del precio de compra y de venta y, la acá actora lo hace sobre la ganancia bruta que le queda de la venta de cartones de bingo de acuerdo a las previsiones de la

ley 11.018 de la provincia de Buenos Aires y el convenio celebrado con distintas entidades de bien público.

13. Así las cosas, corresponde concluir que la actora no ha logrado mostrar la nulidad que invoca de la resol. 7041/DGR/02 (y la sus confirmatorias, las resols. 1194/DGR/03 y 25/SHyF/04) en cuanto resolvió debía tributar para los períodos fiscales correspondientes a los años: 1995 (12º ant. mens.), 1996 (1º a 12º ant. mens.), 1997 (1 a 12º ant. mens.), 1998 (1º a 12º ant. mens.), 1999 (1º a 12º ant. mens.), 2000 (1º a 3º, 5º a 12º ant. mens.), 2001 (1º a 12º ant. mens.) y 2002 (1º a 5º ant. mens.) a una alícuota del 4,5 % por sus ingresos provenientes de la explotación de juegos de azar, en su modalidad venta de cartones de bingo y su variantes.

14. Sin perjuicio de lo resuelto, corresponde devolver la causa a los jueces de mérito para que se expidan con relación a los planteos que formuló la actora en su demanda contra la procedencia de la multa que le fue impuesta mediante las resoluciones indicadas en el párrafo que antecede. Ello así, porque, por un lado, la forma en que decidieron los jueces los dispensó de tener que tratar esa cuestión y, por el otro, porque los planteos en que fundó sus agravios la actora versan acerca del análisis de cuestiones de hecho, materia que resulta ajena a la competencia revisora de este Tribunal.

15. La solución que propicio no impide que los jueces de la causa continúen a cargo de ella, toda vez que su fallo, como indiqué, no los ha llevado a verter opinión acerca de los puntos que el pronunciamiento que propicio dejaría abiertos. Ello, sin decidir acerca de los reparos que eventualmente podrían formular las partes al tiempo en que queden en conocimiento de los jueces que habrán de conocer.

Por lo expuesto, y habiendo dictaminado el fiscal general adjunto, voto por: *i)* hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad; *ii)* revocar la sentencia de fs. 301/306; y *iii)* reenviar la causa para que los mismos jueces que entendieron en ella traten los planteos dirigidos a impugnar la multa impuesta a la actora por la resol. 7041/DGR/02 (y sus confirmatorias, las resols. 1194/DGR/03 y 25/SHyF/04). Costas a la vencida.

El juez José O. Casás dijo:

1. En primer término entiendo que corresponde reiterar aquí el criterio que he sentado en anteriores pronunciamientos en punto a que si bien la interpretación de los preceptos impositivos de esta jurisdicción no habilitan el recurso de inconstitucionalidad previsto en el art. 113, inc. 3º CCBA y art. 26, inc. 4º de la ley 7, tal regla puede ceder cuando el recurrente demuestra en forma acabada y convincente que se ha infringido, al desentrañar los preceptos en juego, el significado de 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 una minoración o agravamiento de la tarifa o de la cuota, torna procedente una u otra base de cálculo —base imponible— o habilita o desecha 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/00) 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, 2003, t. V, pp. 283 y ss.). Es que, únicamente en tal hipótesis de excepción puede habilitarse la competencia de este estrado, ya que, 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 habilita la intervención de la superior instancia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En la especie se encuentra comprometido un aspecto nuclear y sustantivo del derecho tributario, como es el determinar si la actividad desplegada por "Bingos Platenses S.A." se encuentra alcanzada por la alícuota agravada del 4,5 % establecida en la Ley Tarifaria para la "comercialización de billetes de lotería y juegos de azar autorizados" o si se le aplica la alícuota general del 3 % como, así también, la correspondencia de dichas tasas con la base imponible —general o especial—, comprometida en el caso.

2. Sentado ello, adhiero a los fundamentos y conclusiones vertidos en su voto por mi colega el doctor Luis F. Lozano (puntos 1 a 8 y 10 y ss.), lo que me conduce a hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad que lo sustenta, dejando sin efecto la sentencia y devolviendo las actuaciones a la Sala II de la Cámara CAyT a fin de que se expida respecto de los planteos que formuló la actora en la demanda con relación a la procedencia de la multa que le fue impuesta en sede administrativa.

3. Es que, en mi concepto, la caracterización de la actividad gravada para su correcto encuadramiento tributario en la Ley Tarifaria conduce inexorablemente a encasillar a la actora en el supuesto de *comercialización de billetes de lotería y juegos de azar autorizados*, lo que lleva necesariamente a la aplicación del tipo del 4,5 %, tal cual se justifica sobradamente en el voto del juez de trámite.

4. Es del caso remarcar que en el diseño y estructura del impuesto sobre los ingresos brutos no necesariamente debe verificarse una relación causal —prácticamente infalible, como ocurre en las leyes de las ciencias exactas— entre base imponible íntegra y plena y correlativa utilización de la alícuota general y, a la inversa, entre la base imponible diferencial o reducida y la alícuota agravada. Ello es así, por cuanto, a tenor de los criterios de política fiscal que informen la legislación, bien puede ocurrir que se establezcan tipos impositivos reducidos sobre bases imponibles recortadas, que acentúen sensiblemente las minoraciones en la carga tributaria, o tipos impositivos agravados con base imponible plena, que generen un acrecentamiento de la deuda fiscal a cargo del obligado (v. gr. compraventa de oro, plata, piedras preciosas o similares: 15 %; boites, cabarets, cafés concert y night club: 15 %; comercialización de juegos de azar a través de máquinas electrónicas de

resolución inmediata —tragamonedas—: 8 %; agencias o empresas de publicidad, incluso las de propaganda filmada, televisada o que se difunda por medios telefónicos o Internet: 4,5 %; canchas de paddle, tenis, fútbol 5 y/o actividades similares: 4,5 %; establecimientos de masajes y baños: 4,5 %; telefonía celular móvil por los servicios establecidos por resol. 490/97 de la Secretaría de Comunicaciones de la Nación: 6 %; salas de recreación ordenanza 42.613 —video juegos—: 15 %; restaurantes con show en vivo y/o baile, discotecas y dancings y por otros ingresos que obtengan por actividades conexas y complementarias, 6 %; locación de bienes inmuebles con fines turísticos 6 %; etc., o con otra mecánica liquidatoria el monto fijo por mes y por cada butaca de $ 97, respecto de las salas de exhibición de películas cinematográficas para mayores de 18 años y exhibición condicionada —véase con sentido ejemplificativo la ley 3394 – Ley Tarifaria de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para el año 2010).

5. Tampoco puede perderse de vista que tanto en el diseño del Impuesto a las Actividades Lucrativas —incorporado inicialmente al Código Fiscal de la provincia de Buenos Aires para el año 1948 y luego extendido a los estados locales, incluida la Municipalidad de Buenos Aires hoy Ciudad Autónoma de Buenos Aires—, como en el impuesto sobre los ingresos brutos, llamado a reemplazarlo, se tuvo en cuenta estructurar un impuesto polifásico acumulativo que, por regla general, computa como base imponible el monto total de cada transacción en las distintas etapas del ciclo económico, y una alícuota básica, debiendo, por tanto, los supuestos de excepción, en uno u otro aspecto, surgir expresamente de la ley.

De todos modos, nada me corresponde añadir aquí sobre la base imponible que mejor cuadra en el *sub examine*, en razón, exclusivamente, de no haber sido controvertida por las partes, lo que otorga estabilidad del acto administrativo de determinación.

6. Ello sentado, valga descartar que la Administración fiscal pretenda en la especie valerse de una interpretación o integración analógica en el campo del derecho tributario sustantivo, por cuanto, de lo que se trata es de hacer operar la alícuota específicamente fijada para la actividad del juego en la Ley Tarifaria y la base general. *Ni siquiera se trata* del uso, *en el caso, de una interpretación que*, partiendo de que el legislador no ha plasmado felizmente en el texto todo lo que quiso expresar —*minus dixit quam bulit*—, superando el gramaticalismo, *arribe a resultados extensivos.* Consecuentemente, y sobre la base de los escuetos desarrollos que anteceden y de la amplia fundamentación brindada por el juez de trámite, concluyo en que la Cámara ha desaplicado la regulación específica que se ciñe a la cuestión aquí bajo examen, mientras que el Fisco no ha afectado en el acto de determinación tributaria el *principio de reserva de ley*, de recepción multisecular en esta rama del derecho público, por lo que corresponde revocar la sentencia en recurso.

7. Las costas de todas las instancias deben ser impuestas a la vencida en razón del principio objetivo de la derrota (art. 62, CCAyT).

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Adhiero al voto del Dr. Luis F. Lozano, sin perjuicio de lo cual estimo pertinente agregar algunas consideraciones y precisiones.

2. El recurso de inconstitucionalidad fue incorrectamente declarado inadmisible por la Cámara, ya que el recurrente planteó un genuino caso constitucional, sobre la base de la violación del principio de legalidad, y el consecuente menoscabo del erario público provocado por la percepción del tributo a una alícuota inferior a la establecida legalmente.

Ello amerita abrir el recurso de queja y proceder al tratamiento del recurso de inconstitucionalidad subyacente.

3. La Cámara entiende, equivocadamente, que el GCBA intentó aplicar *analógicamente* una norma a un supuesto no previsto en una cuestión de derecho tributario sustantivo. Sin embargo, una interpretación correcta del art. 52, inc. 5º de la L.T., año 2002 nos conduce a afirmar que la alícuota agravada allí prevista incluye al supuesto de autos.

3.1. El precepto controvertido dispone lo siguiente: "de conformidad con lo dispuesto por el Código Fiscal, establécese para las actividades que se enumeran a continuación, las tasas que en cada caso se indican: […] comercialización de billetes de lotería y juegos de azar autorizados 4,5 %".

Ante una norma, la labor del intérprete debe ajustarse a un examen atento y profundo de sus términos que consulte la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador, extremos que no deben ser obviados por las posibles imperfecciones técnicas de la instrumentación legal, precisamente para evitar la frustración de los objetivos de la norma. Pues bien, de la norma transcripta se desprende, de manera indubitada, la finalidad que tuvo en miras el legislador, cual es gravar con una alícuota especial a la explotación, en la Ciudad, de juegos de azar autorizados.

Es cierto que el legislador ha incurrido en cierta imprecisión al redactar el precepto, ya que la "comercialización de juegos de azar" también podría considerarse referida a la venta de los juegos de mesa que permiten desarrollar actividades azarosas (dados, naipes, etc.). Y ello porque el término "juegos de azar" se refiere tanto a la actividad lúdica azarosa como a los aludidos juegos de mesa. Ciertamente hubiera sido más preciso referirse a la "administración" o "explotación" de juegos de azar, y no a la comercialización.

Pero una interpretación teleológica o finalista de la norma nos permite sostener que el legislador estableció una alícuota agravada para los ingresos provenientes de cualquier juego de azar, que involucra, entre otros, la lotería —como aclara expresamente la norma.

3.2. Sentado lo expuesto, cabe afirmar que la actividad desarrollada por la actora constituye claramente un "juego de azar".

La ley de la provincia de Buenos Aires 11.018 establece en su art. 1º: "Autorízase en la medida y con los alcances de la presente ley, en el ámbito de la provincia

de Buenos Aires, el funcionamiento y explotación *del juego de azar* denominado 'lotería familiar', 'lotería familiar gigante', o *'bingo'*. Como máximo podrán ser autorizados 32 distritos o partidos, en los cuales podrán habilitarse Salas de Juego" (el destacado me pertenece); y en su art. 4º: "la explotación del juego que se autoriza en el art. 1º podrá ser contratada por las entidades de bien público, con terceras personas, sean éstas físicas y/o jurídicas, mediante Convenio que deberá ser aprobado por el organismo de aplicación y que deberá cumplir con los requisitos que establezca la respectiva reglamentación".

En virtud de esta normativa, la actora suscribió con entidades de bien público, en carácter de tercera persona, el convenio obrante a fs. 43/46, cuya cláusula primera reza: "la empresa toma a su cargo la instalación, puesta en funcionamiento y explotación del juego en todas sus variedades sujeto a las disposiciones vigentes y que imperen durante todo el lapso de la explotación", mientras que la cláusula segunda establece "el objeto material de este convenio es habilitar y poner en funcionamiento una sala de entretenimientos con sorteos continuos y sucesivos (bingo)…".

Por otro lado, tal como lo destaca el Dr. Lozano en su voto, la Real Academia Española define al término "bingo" como "juego de azar, variedad de lotería, en el que cada jugador debe completar los números de su cartón según van saliendo en el sorteo".

De la normativa precedentemente citada se desprende que la empresa actora tiene a su cargo la explotación de un bingo, que constituye un juego de azar, más precisamente una variedad de lotería. Por lo tanto, dicha actividad se encuentra abarcada por el inc. 5º del art. 52 de la L.T. para el año 2002.

4. No resulta óbice para arribar a esta conclusión, el hecho de que Bingos Platenses, por esta actividad, deba tributar ISIB conforme la base imponible general (y no la especial prevista en el art. 155, inc. 1º del C.F., año 2002), ya que *i)* la práctica legislativa tributaria suele ligar base imponible especial o reducida y alícuota agravada, pero no existe ninguna razón constitucional que obligue necesariamente a seguir esa pauta en todos los casos —como han explicado sobradamente los Dres. Casás y Lozano en sus votos, a los que me remito—; *ii)* y el art. 52, inc. 5º de la L.T., año 2002 es más amplio y abarca otros supuestos además del previsto en el citado art. 155, inc. 1º del C.F. año 2002.

Mientras el art. 155, inc. 1º, C.F. año 2002 establece que "La base imponible está constituida por la diferencia entre los precios de compra y de venta, en los siguientes casos: (...) *1.* Comercialización de billetes de lotería y juegos de azar autorizados, cuando los valores de compra y de venta son fijados por el Estado", la segunda dispone una alícuota del 4,5 % para la "comercialización de billetes de lotería y juegos de azar autorizados".

El legislador consideró necesario establecer una base imponible especial para un supuesto específico: comercialización de juegos de azar, entre ellos los billetes de lotería, cuando los valores de compra y venta son fijados por el Estado. Sin embargo, hay otros juegos de azar en los que los ingresos de quienes los explotan

o administran no consisten en la diferencia entre precios de compra y venta de los billetes establecidos por el Estado, como ocurre con la actividad de bingo desarrollada por la actora; pero la Ley Tarifaria incluye a estos casos, ya que no restringe su aplicación a los supuestos mencionados por el Código Fiscal.

Como hemos dicho en variados precedentes (véanse, entre otros, "Comisión de vecinos Lugano en marcha y otros c/GCBA s/amparo —art. 14, CCBA— s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4624/06, sentencia del 23/8/2006), no cabe presumir la inconsecuencia o imprevisión del legislador (*Fallos,* 310:195; 312:1614; 316:1115; 321:2453, entre muchos otros). Por lo tanto, si el legislador no restringió el universo de juegos de azar alcanzados por la alícuota agravada, no corresponde que lo hagan los jueces en virtud de una interpretación incorrecta de la normativa aplicable.

Y en definitiva, y como atinadamente desarrolla el Dr. Lozano en el apart. 12 de su voto, al que me remito, la base imponible que utiliza la actora para liquidar el ISIB correspondiente a la actividad de bingo, es similar a la que adoptan las agencias de lotería: en ambos casos se toma en cuenta la ganancia bruta obtenida.

5. Por último, lo decidido en esta causa no implica un apartamiento de la doctrina sentada en el precedente "Hipódromo Argentino de Palermo S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 506/00, sentencia del 28/6/2001, puesto que las carreras de caballos y de canes no constituyen estrictamente un "juego de azar". En este sentido, en dicho precedente sostuve:

"Según el 'Diccionario de la Lengua Española' de la Real Academia Española (21ª ed., t. II, p. 1209, Madrid, 1992), 'juego de azar' o 'juego de suerte' es 'cada uno de aquellos cuyo resultado no depende de la habilidad o destreza de los jugadores, sino exclusivamente del acaso o la suerte; como el del monte o el de los dados'.

Es evidente que las carreras de caballo y de galgos no dependen exclusivamente del acaso o la suerte, sino que la habilidad y destreza de los animales y, en el caso del hipismo, la capacidad de sus jinetes, cobran una importancia primordial.

Previo a una carrera de canes o caballos existe todo un proceso de preparación física, adiestramiento y cuidado de los animales y ejercitación física y psicológica de los jinetes, para arribar a la carrera en las mejores condiciones posibles. Si este proceso es realizado con seriedad y dedicación, y el animal posee cualidades innatas, serán mayores las posibilidades de ganar la carrera. En consecuencia, el acierto de la apuesta no depende tanto de la suerte —que cumple una función secundaria— sino de la ponderación de todos estos elementos; un apostador que conozca todos estos detalles de los competidores tendrá muchas más probabilidades de acertar que aquél que apuesta sin conocimientos adecuados."

Evidentemente el proceso de preparación de los jinetes y animales, y el talento y capacidad de cada uno de ellos, no encuentran correlato alguno en el "bingo", donde el resultado depende exclusivamente del acaso o suerte. En el otro supuesto, el conocimiento de las particularidades de cada jinete y animal tiene notable inci-

dencia en el resultado ganador o perdedor de la carrera, de manera tal que el azar ocupa un papel secundario o menos preponderante.

6. En mérito a lo anteriormente expuesto, voto por: *i)* hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad; *ii)* revocar la sentencia de fs. 301/306; *iii)* reenviar la causa para que los mismos jueces que entendieron en ella traten los planteos dirigidos a impugnar la multa impuesta a la actora por la resol. 7041/DGR/02 (y sus confirmatorias, las resols. 1194/DGR/03 y 25/SHyF/04); y *iv)* imponer las costas a la actora vencida.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Recurso de queja

El Gobierno de la Ciudad formula en tiempo y forma, una crítica suficiente del auto denegatorio.

Así logra rebatir el eje argumentativo de la Cámara, que no hizo lugar a su recurso de inconstitucionalidad aduciendo que las discrepancias allí expuestas versaban únicamente sobre la interpretación de normas infraconstitucionales.

El Gobierno enuncia y fundamenta con éxito la afectación de principios consagrados en la C.N. y en la CCBA: *a)* debido proceso (art. 18 C.N.) por cuanto la sentencia impugnada deja de lado la norma que rige en la materia tributaria que define el fondo de la controversia; *b)* principio de reserva de ley tributario, y *c)* principio de legalidad tributaria (arts. 13, incs. 2º y 51, párr. 2º, CCBA).

Recurso de inconstitucionalidad

Coincido con el juez de trámite en que el recurso de inconstitucionalidad fue mal denegado.

Como plantea el GCBA, la actora explota y administra en el ámbito de la Ciudad, una sala de bingo. Esa actividad consistente en la "comercialización de billetes de lotería y juegos de azar", está incluida en el inc. 5º del art. 52 de la Ley Tarifaria del año 2002 (como también en las normas que se aplican a los restantes períodos discutidos en autos). La base sobre la cual debe liquidar el ISIB se integra con los ingresos que recibe por la venta de cartones de bingo (aspecto que no está controvertido) y la alícuota que le corresponde abonar es la del 4,5 %.

Los fundamentos que el juez Lozano desarrolla en los aparts. 2.1, 3, 4, 5, 7, párrs. 2º y 3º, 11 y 12 que comparto, demuestran la validez de las resols. 7041/DGR/02 (y sus confirmatorias 1194/DGR/03 y 25/SHyF/04), cuya nulidad invocara la accionante.

Reconocida la pertinencia de la determinación de la deuda tributaria resta por decidir si es o no procedente la multa que le fuera impuesta a Bingos Platenses, la que no fue tratada en las instancias de mérito atento el sentido con que resolvieran el fondo. Respecto de este último aspecto coincido con la solución del apart. 14 del voto de mi colega preopinante, con una salvedad. Considero que debieran expedirse magistrados que no hayan tenido intervención anterior en el pleito.

Consecuentemente voto por: *1)* declarar admisible la queja; *2)* hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad y revocar la sentencia de fs. 301/306; *3)* devolver a la Cámara a fin de que otros jueces distintos de los que dictaran la decisión revocada se expidan acerca de los planteos destinados a impugnar la multa impuesta a la actora. Las costas se impondrán a la vencida.

Por ello, emitido el dictamen del señor fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* a la queja y al recurso de inconstitucionalidad.

2º. *Revocar* la sentencia de fs. 301/306.

3º. *Reenviar* la causa para que los mismos jueces que entendieron en ella traten los planteos dirigidos a impugnar la multa impuesta a la actora por la resol. 7041/DGR/02 (y sus confirmatorias, las resols. 1194/DGR/03 y 25/SHyF/04).

4º. *Imponer* las costas 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 - José O. Casás.*

XXIV

"MANTELECTRIC ICISA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'MANTELECTRIC ICISA 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: Caso constitucional. Cuestiones de hecho y prueba. Interpretación de normas infraconstitucionales. ENTE ÚNICO REGULADOR DE SERVICIOS PÚBLICOS: Naturaleza. Atribuciones. POTESTAD SANCIONATORIA: Multa. Naturaleza. Jurisdicción administrativa. Aplicación de las garantías del derecho penal. SERVICIOS PÚBLICOS: Poder de policía. Protección de los derechos de usuarios y consumidores.

SUMARIOS:

1. El art. 138 de la CCBA, además de crear al Ente Único Regulador de Servicios Públicos con rango constitucional, define su finalidad y objeto con idéntica jerarquía, y le otorga poder de policía en materia de servicios públicos; poder orienta-

do a asegurar la defensa y protección de los derechos de usuarios y consumidores. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

2. La ley 210 incorpora, como faceta comprendida por el conjunto de atribuciones propias del "poder de policía" de los servicios públicos asignado al ente previsto en el art. 138 de la CCBA, las facultades de control incluidas en los contratos de concesión contemplados en ese precepto constitucional, de modo que abarca las potestades sancionatorias previstas para restablecer la normal ejecución del contrato frente a incumplimientos del contratista y, a diferencia de las penas que ostentan carácter general, se trata de previsiones contractuales dirigidas a una de las partes que, al celebrar el pacto, ingresa voluntariamente al ámbito de un régimen especial que le reporta beneficios y obligaciones específicas, entre estas últimas, la de afrontar sanciones frente al incumplimiento comprobado de prestaciones asumidas mediante el contrato. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. El constituyente atribuyó al EURSP el poder de policía en materia de servicios públicos para asegurar la defensa y protección de los derechos de usuarios y consumidores (arts. 46 y 138 de la CCBA) y, a su turno, el legislador —en uso de la potestad que el art. 80, inc. 1º, de la CCBA le confiere—, dictó la ley 210 que incluyó como funciones de ese ente el control de los contratos de concesión, el ejercicio de la jurisdicción administrativa, la regulación del procedimiento sancionatorio y la aplicación de sanciones por violaciones legales, reglamentarias o contractuales de los respectivos servicios y, finalmente, identificó al Directorio del ente como su autoridad de aplicación. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. Aunque asiste razón al recurrente en cuanto afirma que las potestades jurisdiccionales no se agotan en la resolución de controversias pues, también incluirían la imposición de sanciones de carácter retributivo, lo cierto es que la actora no brinda argumento alguno para rebatir la interpretación asignada al art. 22 de la ley 210 como fuente de la atribución para aplicar sanciones orientadas a resguardar el cumplimiento del contrato, frente a situaciones en las que las anomalías comprometen la seguridad en la prestación de un servicio público, lo que coloca al concesionario en una posición que lo distingue de la población general y le reporta obligaciones y beneficios diferenciados. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

5. Una vez conferida al EURSP la potestad sancionatoria derivada del contrato, su ejercicio queda sujeto a las reglas propias de la función administrativa involucrada, y por tanto, no son aplicables los principios de la función jurisdiccional, ni los del derecho penal, porque el destinatario de la multa es un sujeto que ingresa voluntariamente a un régimen que, por la finalidad que persigue, contempla regulaciones más estrictas de los derechos del concesionario, a la vez que en ese marco la sanción no reviste carácter retributivo. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. El pliego del contrato de concesión prevé que la dirección y el control de la Ejecución del Contrato está a cargo de la Secretaría de Producción y Servicios del GCBA, y la inspección a que aluden estas bases de contratación está a cargo de agentes que revistan en la Dirección General de Servicios Públicos, la que se ejerce per se o a través de las Delegaciones que se establezcan de conformidad con la descentralización administrativa y operativa de la Ciudad, incorporada en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, de modo que frente a ello, el EURSP

instituido en el ámbito del Poder Ejecutivo (art. 138 de la CCBA) no parece *a priori* como un sujeto ajeno a las previsiones contempladas en el propio pliego. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

7. Dado que las multas contractuales impuestas por el EURSP son parte de las prerrogativas estatales en el marco de una concesión de servicio público y expresan el ejercicio de una función administrativa orientada a lograr el normal desarrollo en la ejecución del contrato, cualquiera fuera el tenor de las objeciones que, por hipótesis, pudiera suscitar la aplicación superpuesta de sanciones contractuales por un mismo hecho, ellas no estarían amparadas por la garantía referida a la superposición de competencias, propia del ámbito de las sanciones retributivas y no de las administrativas. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

8. Al margen de la conveniencia o idoneidad del régimen adoptado por el art. 138 de la CCBA, reglamentado por la ley 210, al haberse otorgado al EURSP la potestad sancionatoria derivada del contrato, la mera constatación de su ejercicio no es suficiente para alegar problemas de superposición de controles, desde que sería menester probar una evaluación contradictoria de un hecho por parte de dos autoridades de aplicación o, cuanto menos, demostrar que existe vicio en la causa del acto que pretende el pago de una multa ya satisfecha (o no ejecutoriada), cuando la segunda sanción viniera instada por la actividad de un órgano diferente al que la aplicó en primer término. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

9. Cada una de las impugnaciones de la accionante a la resolución sancionatoria del EURSP y al marco normativo aplicable mereció pormenorizada respuesta en el fallo de la Cámara y, por su parte, la quejosa no aporta ninguna razón —más allá de su comprensible discrepancia con una sentencia que rechaza su pretensión— que logre poner en crisis los fundamentos de la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad, centrados en que el debate estuvo referido a cuestiones de hecho y prueba y a la aplicación de normas infraconstitucionales. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

10. El recurso de la parte actora versa sobre la interpretación de los hechos de la causa, la prueba producida, y las normas infraconstitucionales aplicables al caso, cuestiones son ajenas, por vía de principio, a la competencia extraordinaria del TSJBA mediante esta vía impugnatoria extraordinaria intentada por el accionante. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

11. A partir de la entrada en vigencia de la ley 210 (norma posterior y superior a los pliegos de bases y condiciones que rigieron la contratación) resulta incuestionable la competencia del EURSP para controlar el servicio público prestado por la contratista (conf. art. 2º, inc. b) ley local 210), y para aplicar las correspondientes sanciones ante sus incumplimientos. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

12. Las cuestiones que discurren por carriles ajenos a la competencia recursiva reconocida a este estrado no resultan atendibles si la actora únicamente postula una exégesis diferente de normas de naturaleza infraconstitucional. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

13. No puede admitirse el agravio de la actora dirigido a que la Cámara no habría resuelto puntualmente su planteo referido a que el Directorio del EURSP carece de facultades sancionatorias por no encontrarse mencionadas en forma

expresa en el art. 11 de la ley 210 y la falta del competencia del Directorio para dictar la resolución que aprobó el Reglamento de Procedimientos de Controversias y sanciones del ente—, efectuado a través de manifestaciones que sólo expresan su discrepancia con el contenido del pronunciamiento discutido, mas no se hacen cargo de lo efectivamente decidido por la alzada en este punto. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

14. La cuestión referida a la operatividad de la ley 210 no plantea un caso constitucional en los términos del art. 113, inc. 3º, de la CCBA, pues el tribunal *a quo* recurrió a la interpretación de las distintas normas de la aludida ley 210 y a la aplicación del art. 2º del Cód. Civil para concluir que la exhortación dirigida al Poder Ejecutivo para que enviase a la Legislatura una compilación ordenada y sistematizada de las normas aplicables a los servicios públicos, contenida en la cláusula transitoria quinta, en modo alguno constituía o podía implicar una condición que supeditara la vigencia de ley 210 sino que sólo podía entenderse como un requerimiento a fin de facilitar la actuación del órgano. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

15. Las aisladas referencias a garantías propias del ámbito del derecho penal no habilitan la instancia recursiva ante este estrado puesto que la recurrente no ha demostrado que la sanción aplicada por el EURSP posea naturaleza represiva; máxime teniendo en cuenta que esas facultades administrativas ejercidas en el caso surgirían a partir del régimen de especial sujeción al cual se sometió la empresa recurrente a través del contrato de concesión. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. SACAyT nº 6588/09 - 10/3/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Mantelectric ICISA (en adelante, "Mantelectric") dedujo recurso directo de apelación ante la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad contra la resol. 08/EURSP/CABA/06 emitida por el Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, el "Ente") que le aplicó una multa por cada uno de los incumplimientos en los plazos máximos para la reparación de deficiencias, en las instalaciones de alumbrado público concesionadas a la actora en distintas columnas ubicadas en las calles Anchorena, Tucumán y Humahuaca (fs. 39/53).

La accionante relató que resultó adjudicataria de la licitación nº 93/97 para el mantenimiento del alumbrado público y que había venido efectuando los trabajos correspondientes sin recibir sanción alguna por parte del GCBA. Solicitó que se declarase la nulidad del acto administrativo atacado por presentar vicios en la competencia, la causa, el objeto y el procedimiento. Y afirmó:

i) que el art. 11 de la ley 210 no asigna en forma expresa facultades sancionatorias al Directorio del Ente;

ii) que el procedimiento de solución de controversias y sanciones establecido en la resol. 28/GCABA/EURSP/01 no le es aplicable porque fue dictado sin que una norma previa autorizara al Directorio del Ente a disponer un procedimiento de esas características;

iii) que únicamente el Gobierno de la Ciudad podría imponerle sanciones;

iv) que en virtud de lo dispuesto en la cláusula transitoria quinta de la ley 210,"(...) hasta tanto la legislatura no establezca el régimen jurídico de los servicios públicos aplicable por el Ente, el mismo no tiene competencia alguna para juzgar la conducta de un contratista del GCBA" (fs. 42);

v) que el art. 20 de la ley 210 "otorgó competencia jurisdiccional a un organismo administrativo en abierta contraposición con la garantía del juez natural prevista en el art. 18 de nuestra C.N. , el art. 29 y lo dispuesto por los actuales arts. 108 y 109 de la misma y los arts. 10, 12 incs. 5º y 6º y art. 13 inc. 3º y concordantes de la Constitución de la Ciudad" (fs. 41);

vi) que las reposiciones y/o reparaciones mencionadas en la resol. 08/EURSP/CABA/06 fueron realizadas dentro de los plazos contractuales establecidos al efecto;

vii) que la documentación aportada por la empresa tiene tanta fuerza probatoria como las actas de fiscalización emitidas por el Ente; y

viii) que la sanción impuesta resulta arbitraria, desproporcionada y excesiva.

2. A fs. 54/56 vta. obra copia de la contestación del Ente al recurso de apelación judicial que diera origen a estos actuados.

En relación con el planteo vinculado con la falta de facultades sancionatorias, el Ente se refirió al art. 138 de la CCBA, y a los arts. 2º inc. b) y 3º incs. a), b), e), i), y l) de la ley 210.

Por otra parte, el demandado señaló que la documentación presentada por su contraria no se encontraba rubricada por el GCBA ni tenía hojas numeradas en forma correlativa como lo exige el Pliego de Condiciones.

Por fin, el accionado destacó la gravedad de las deficiencias detectadas, en especial la falta de tapas de tableros, por el peligro que ello significa para los transeúntes.

3. La Sala II de la Cámara CAyT de la Ciudad resolvió (fs. 20 vta.) "[r]echazar la demanda y, en consecuencia, confirmar la sanción impuesta a la empresa Mantelectric ICISA, con costas a la vencida (art. 62, CCAyT)...". Los jueces Russo y Centanaro adhirieron al voto de la jueza Daniele.

a) En primer lugar, se trató el agravio vinculado con la supuesta incompetencia del Ente por falta de facultades sancionatorias.

A ese respecto, se citaron las siguientes normas:

i) el art. 138 de la CCBA, que establece que el Ente, instituido en el ámbito del Poder Ejecutivo, es una persona jurídica autárquica, con independencia funcional y legitimación procesal que ejerce "el control, seguimiento y

resguardo de la calidad de los servicios públicos cuya prestación o fiscalización se realice por la administración central y descentralizada o por terceros para la defensa y protección de los derechos de sus usuarios y consumidores, de la competencia y del medio ambiente, velando por la observancia de las leyes que se dicten al respecto";

ii) el art. 2º, inc. b) de la ley 210, en el que se incluye al alumbrado público y señalamiento luminoso como uno de los servicios públicos alcanzados por sus disposiciones (la ley 210 reglamentó los arts. 138 y 139 de la CCBA referidos al Ente); y

iii) los incs. b), e) y l) —entre otros— del art. 3º de la ley 210, en los que se enumeran ciertas funciones del Ente: "[c]ontrolar las actividades de los prestadores de servicios públicos en todos los aspectos prescritos por la normativa aplicable respecto a la seguridad, higiene, calidad, continuidad, regularidad, igualdad y generalidad de los servicios" (inc. b); "[c]ontrolar el cumplimiento de los contratos de concesión, licencias, permisos, autorizaciones y habilitaciones" (inc. e); "[r]eglamentar el procedimiento para la aplicación de las sanciones que correspondan por violación de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales de los respectivos servicios, de conformidad con los regímenes sancionatorios vigentes, y aplicar las mismas respetando los principios del debido proceso" (inc. l).

A partir de ello en la sentencia se sostuvo (fs. 15) que "[t]al como se desprende hasta aquí de la normativa citada, el Ente posee amplias facultades de control respecto del servicio —en todos sus aspectos— que brinda la empresa actora, con relación al cumplimiento de los contratos y para aplicar las sanciones que correspondan por violación a las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales...".

Por otra parte, se dijo (fs. 15):

i) que si bien la facultad de imponer sanciones no está expresamente enumerada entre las atribuciones del Directorio del Ente detalladas en el art. 11 de la ley 210, el inc. i) de dicho artículo sí prevé entre las funciones del Directorio, la de "realizar todos los demás actos que sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones y los objetivos de la presente ley";

ii) que "[e]s evidente que al mencionarse dentro de las funciones y objetivos del Ente las facultades de control mencionadas respecto de los contratos de concesión, la aplicación de sanciones por sus violaciones y la facultad de reglamentar el procedimiento para ello, el Directorio del Ente contaba con competencia para dictar el acto recurrido por la actora.";

iii) que "[u]na interpretación contaria (*sic*) tendría como efecto vaciar de contenido la extensa enumeración de funciones y objetivos que realiza la norma en sus arts. 2º y 3º"; y

iv) que "[p]or iguales fundamentos corresponde interpretar que la resol. 28/EURSP/01 que regula el procedimiento de controversias y sanciones del Ente, ha sido dictada dentro del ámbito de su competencia ya que es una facultad mencionada expresamente por la ley 210 en su art. 3º, inc. l) y

tiene una relación directa con las funciones asignadas al Directorio del Ente en el art. 11, inc. i), que tiene carácter residual y amplio a fin de que el Directorio pueda cumplir todos los objetivos y funciones de (*sic*) establece la propia ley."

Por lo demás, tampoco se admitió el planteo relacionado con la alegada superposición de competencias con el Poder Ejecutivo de la Ciudad. Ello, por estar presentado como una manifestación meramente genérica, por tratarse el Ente de una persona jurídica autárquica, con independencia funcional y legitimación procesal instituida en el ámbito del Poder Ejecutivo, y por no haberse alegado una doble sanción por el mismo hecho.

b) Por otro lado, se desestimó el agravio vinculado con la inconstitucionalidad de la facultad jurisdiccional del Ente alegada por Mantelectric. Explicó (fs. 15 vta.) que "(...) la sanción que cuestiona la actora en esta instancia no le fue impuesta como consecuencia del ejercicio de facultades jurisdiccionales del Ente, ya que no se trató de ningún tipo de solución de controversia, sino en virtud de la potestad sancionatoria de dicho organismo, prevista en los arts. 22 y ss. de la ley."

c) Asimismo, se consideraron improcedentes las manifestaciones de la actora en relación con la cláusula transitoria quinta de la ley 210 porque (fs.16 vta.):

i) "(...) no puede pretenderse que la aplicación de la ley 210 quede supeditada en su vigencia al envío de la compilación de las normas referidas a los servicios públicos a fin de establecer su régimen jurídico para la aplicación por parte del Ente";

ii) "[s]e trata de una cláusula que tiende a facilitar la actuación del Ente, no obstaculizarla, por lo tanto en ningún supuesto podría interpretarse que las facultades sancionatorias quedaran supeditadas a esa cláusula cuando ello no surge expresamente de su letra"; y

iii) "ante la ausencia de previsión expresa en contrario respecto de su vigencia, corresponde concluir que se rige por las normas generales (8 días a partir de su publicación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 2º del Cód. Civil).

d) La sentencia también rechazó el pedido de nulidad del acto atacado. Meritó las actuaciones administrativas, la documentación acompañada por Mantelectric, las declaraciones testimoniales y el peritaje producido en autos. Destacó que tal como lo establece el art. 22 de la resol. 28/GCBA/EURSP/01 (reglamentaria de la ley 210), las actas, inspecciones y comprobaciones técnicas son prueba suficiente de los hechos a constatar. Entendió que los documentos agregados por la accionante eran meras planillas internas de recepción de reclamos telefónicos que no lograban desvirtuar lo que surgía de las actuaciones administrativas.

e) Por último, la sentencia se ocupó de los señalamientos de la impugnante en punto al monto de la sanción. Evaluó las pautas para la aplicación de multas previstas en la ley 210, así como los informes técnicos previos emitidos por el

Ente. Precisó (fs. 20) que "[l]a resolución atacada aparece fundada en este aspecto (teniendo en cuenta los informes técnicos previos) y no ha logrado la actora demostrar la irrazonabilidad de la sanción, la que se presenta como adecuada teniendo en consideración la gravedad de los hechos imputados." Y resaltó (fs. 20) que "(...) se trata del faltante de cuatro tapas en las columnas de luz que por el mismo riego que ello implica tiene un plazo de reparación correctivo breve (12 hs conf. art. 68.1 del Pliego de Bases y Condiciones; véanse fs. 200/201)".

4. Contra la decisión de la Sala II, la empresa interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 2/11 vta.).

En primer término, la firma se agravió de que el a quo considerara que el Ente posee facultades sancionatorias. Sostuvo:

i) que los magistrados, al analizar el art. 11 de la ley 210, no tuvieron el cuenta el principio de interpretación restrictiva de la competencia que rige en el régimen administrativo;

ii) que su planteo de superposición de competencias con el Poder Ejecutivo de la Ciudad fue rechazado en forma dogmática;

iii) que conforme lo previsto en el Pliego de Condiciones, el GCBA efectúa el control y seguimiento del servicio que presta a través de la Dirección General de Alumbrado Público y Servicios Eléctricos —Subsecretaría de Mantenimiento Urbano— del Ministerio de Espacio Público de la Ciudad;

iv) que el Gobierno de la Ciudad no observó fechas de reparaciones fuera del tiempo contractual; y

v) que "(...) no existe un acto expreso previo habilitante que le permita al Ente intervenir en el procedimiento de imposición de sanciones, en la medida que el Pliego de Condiciones, aprobado por el GCBA, establece que ello le corresponde al Ejecutivo de la Ciudad" (fs. 8).

Asimismo, la recurrente insistió en que la cláusula transitoria quinta de la ley 210 condiciona la validez del art. 22 de dicha norma y reiteró que "(...) hasta tanto la legislatura no establezca el régimen jurídico de los servicios públicos aplicable por el Ente, el mismo no tiene competencia alguna para juzgar la conducta de un contratista del GCBA" (fs. 9 vta.). La cláusula transitoria en cuestión prevé que el Poder Ejecutivo deberá enviar a la Legislatura una compilación de las normas aplicables a los servicios públicos a fin de fijar el régimen jurídico que aplicará el Ente. El art. 22 de la ley 210 determina las pautas a las que debe adecuarse el Ente al aplicar las disposiciones sancionatorias contenidas en las distintas normas de regulación de los servicios públicos.

Por otra parte, la actora dijo que "[e]n lo que refiere al ejercicio de competencias jurisdiccionales, la sentencia, en definitiva, reconoce al Ente la facultad de *legislar*, en cuanto legisla sobre las sanciones, de ser parte pues es el llamado a controlar y *juez* en la medida que dirime el conflicto" (destacados en el original, fs. 8 vta.).

Finalmente, la contratista señaló que "(...) la resolución dictada viola el debido proceso al considerar prueba suficiente las Actas de Fiscalización efectuadas, en forma unilateral y sin previo traslado a mi parte, en detrimento de la prueba documental oportunamente acompañada, cuya virtualidad probatoria, como mínimo, resulta idéntica a la aportada por el Ente, atento tratarse de documentación interna de la empresa" (destacado en el original, fs.11).

5. La Cámara denegó el recurso de inconstitucionalidad de la accionante (fs.1 y vta.), lo que motivó la queja que tramita en autos (fs. 22/32 vta.).

6. El señor fiscal general adjunto emitió dictamen a fs. 61/63, propiciando el rechazo del recurso directo.

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO:

1. La queja planteada, según explicaré, demuestra que la actora postula la ilegitimidad de las multas resistidas con apoyo en cláusulas de la CCBA (v. gr. arts. 10, 12, inc. 5º, 13 inc. 3º) y, en tanto la decisión atacada resuelve en sentido adverso a los derechos fundados en aquellas, corresponde admitirla a ese respecto (fs. 30).

2. En cambio, las objeciones formuladas en torno al modo en que la Sala II valoró las probanzas de la causa exceden el ámbito de revisión asignado al Tribunal en la vía intentada. Aunque el recurrente discrepa con la mayor capacidad probatoria asignada a las constancias emitidas por el EURSP (actas de fiscalización), en desmedro de la atribuida a los partes diarios aportados por la actora, su argumentación no muestra que el *a quo* haya apoyado en cláusulas constitucionales o legales tachadas de inconstitucionales su preferencia por unos elementos respecto de otros o que incurriera en arbitrariedad en la apreciación de su valor probatorio. Los partes diarios, prueba que la actora considera debió prevalecer en el establecimiento de los hechos en que apoya sus aseveraciones acerca del cumplimiento temporáneo de sus obligaciones, no vienen acompañados de la acreditación de los recaudos previstos en pliego (v. gr. folios con rubrica del GCBA y numeración correlativa, art. 77 del Pliego, fs. 233), circunstancia que le impide demostrar que la apreciación del *a quo* resulta insostenible.

A su turno, la nulidad del procedimiento sancionatorio, planteada con apoyo en la falta de traslado de las actas de inspección y comprobación técnica invocadas por el EURSP como antecedente de las multas resistidas, omite explicar por qué la vista que esa parte tomó en la actuación 155/E/2004, registrada a fs. 76 de ese legajo, no constituyó un mecanismo idóneo para acceder a las constancias mencionadas (agregadas a fs. 4/64) que le permitiera, luego, incorporar las consideraciones pertinentes al formular el descargo que obra a fs. 84/90 del sumario en cuestión.

En tales condiciones, como las críticas del recurrente, en los aspectos reseñados en este punto, carecen de aptitud para mostrar que lo decidido por el *a quo* no constituye una derivación posible del derecho aplicable a los hechos de la causa,

la revisión requerida resulta ajena al ámbito previsto por el art. 27 de la ley 402. Por tanto, en ese terreno, la queja debe ser rechazada.

3. Despejado lo anterior, corresponde entonces analizar los agravios en relación con los cuales el recurso de inconstitucionalidad resulta formalmente admisible. Antes, sin embargo, conviene recordar que, verificada la existencia de cuestión constitucional, el Tribunal, al momento de establecer la inteligencia atribuible a las normas constitucionales en juego, no se encuentra limitado por el modo en que el recurrente expone sus agravios, ni se ve impedido de avanzar en la interpretación del derecho infraconstitucional comprometido en la solución del asunto sometido a su decisión (conf. mi voto en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Verseckas, Emilia María c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)'" expte. nº 3260/04, sentencia del 16/3/2005 y en "Buenos Aires Container Services S.A. c/GCBA s/recurso apel. jud. c/decis. DGR (art. 114 C.F.) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5890/08, sentencia del 24/9/2008 y *mutatis mutandi Fallos*, 308:647, entre muchos otros).

Los agravios que cuestionan la legitimidad de las sanciones impuestas a la actora, exigen analizar cuál es la potestad o función que involucra su aplicación y, ello a su vez, requerirá determinar el alcance de las competencias asignadas al EURSP por el art. 138 de la CCBA, así como las posibilidades de complementarlas por vía legal, en función de las atribuciones acordadas a la Legislatura por el art. 80 también de la CCBA para, en definitiva, determinar si, como pretende el recurrente, la sanción impuesta por el demandado "...importó el ejercicio de competencia jurisdiccional, en abierta contraposición con la garantía del juez natural, prevista en el art. 18 de nuestra C.N. , el art. 29 y lo dispuesto por los actuales arts. 108 y 109 de la misma y los arts. 10, 12, inc. 5º, 13 inc. 3º y concordantes de la Constitución de la Ciudad" (fs. 2 vta.).

4. El art. 138 de la CCBA dispone: "El Ente Único Regulador de los Servicios Públicos de la Ciudad, instituido en el ámbito del Poder Ejecutivo, es autárquico, con personería jurídica, independencia funcional y legitimación procesal.// Ejerce el control, seguimiento y resguardo de la calidad de los servicios públicos cuya prestación o fiscalización se realice por la administración central y descentralizada o por terceros para la defensa y protección de los derechos de sus usuarios y consumidores, de la competencia y del medio ambiente, velando por la observancia de las leyes que se dicten al respecto". Ello, en línea con el art. 46 de la CCBA según el cual "[l]a Ciudad garantiza la defensa de los consumidores y usuarios de bienes y servicios (...) Ejerce el poder de policía en materia de consumo de todos los bienes y servicios" comercializados o prestados en la CABA.

Para lo que ahora importa, la cláusula constitucional transcripta, además de crear al EURSP con rango constitucional, define su finalidad y objeto con idéntica jerarquía. Al órgano en cuestión se le otorga poder de policía en materia de servicios públicos; poder orientado a asegurar "la defensa y protección de los derechos de (...) usuarios y consumidores" (art. 138 de la CCBA).

Contemplada esa cláusula de modo autónomo y, por hipótesis, como si sólo estuviera reglamentada por una ley que le otorgara al EURSP la potestad de aplicar, previo sumario, sanciones de carácter retributivo, el ejercicio de esa competencia calificaría como despliegue de una función materialmente jurisdiccional. A su respecto, entonces, regirían principios como, por ejemplo, atribución por ley de esa competencia —no natural para la Administración—, necesidad de garantizar el control judicial pleno de las decisiones emitidas en ese terreno, la estabilidad propia de la cosa juzgada judicial cuando la decisión quedara firme aún en sede de la autoridad administrativa que dictó el acto materialmente jurisdiccional (conf. mi voto en "Urfeig, Norberto s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Urfeig, Norberto c/Consejo de la Magistratura s/revisión de cesantías o exoneraciones de emp. públ.'", expte. nº 5041/06, sentencia del 20/7/2007 y en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ' Frávega S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'", expte. nº 5549/07, sentencia del 2/5/2008).

5. Sin embargo, el art. 3º de la ley 210, reglamentaria del art. 138 de la CCBA, enumera entre las funciones encomendadas al EURSP la de "*l.* Reglamentar el procedimiento para la aplicación de las sanciones que correspondan por violación de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales de los respectivos servicios, de conformidad con los regímenes sancionatorios vigentes, y aplicar las mismas respetando los principios del debido proceso". Esta función se inscribe en el marco de las que también le atribuyen: "*a.* Verificar el correcto cumplimiento de las leyes o normas reglamentarias de los servicios sometidos a su jurisdicción.// *b.* Controlar las actividades de los prestadores de servicios públicos en todos los aspectos prescritos por la normativa aplicable respecto a la seguridad, higiene, calidad, continuidad, regularidad, igualdad y generalidad de los servicios (...) *e.* Controlar el cumplimiento de los contratos de concesión, licencias, permisos, autorizaciones y habilitaciones (...) *k.* Ejercer la jurisdicción administrativa (...)".

Esa ley incorpora, como faceta comprendida por el conjunto de atribuciones propias del "poder de policía" de los servicios públicos asignado al Ente previsto en el art. 138 de la CCBA, las facultades de control incluidas en los contratos de concesión contemplados en el precepto constitucional aludido. Ello abarca las potestades sancionatorias previstas para restablecer la normal ejecución del contrato frente a incumplimientos del contratista. Se trata, a diferencia de las penas que ostenta carácter general, de previsiones contractuales dirigidas a una de las partes que, al celebrar el pacto, ingresa voluntariamente al ámbito de un régimen especial que le reporta beneficios y obligaciones específicas. Entre estas últimas, la de afrontar sanciones frente al incumplimiento comprobado de prestaciones asumidas mediante el contrato.

La discusión de autos no controvierte la validez constitucional de conferir al EURSP el poder sancionador del contrato sino, en cambio, la posibilidad de hacerlo en relación con el servicio que presta la actora por cuanto, según los agravios, esa función en el pliego de la licitación 93/97 habría sido conferida a otro órgano del

GCBA, excluyendo por ese solo hecho la competencia del EURSP a ese respecto. Acerca de esta cuestión me referiré más adelante.

Aclarado ello, es preciso señalar que el art. 80 de la CCBA dispone que la Legislatura de la CABA "...*1.* Dicta leyes, resoluciones y declaraciones para hacer efectivo el ejercicio de los derechos, deberes y garantías establecidos en la C.N. y en la presente y toma todas las decisiones previstas en esta Constitución para poner en ejercicio los poderes y autoridades" y "[l]egisla en materia: (...) *g)* (...) de defensa del usuario y consumidor". Ello, en consonancia con lo previsto en el ya mencionado art. 46 de la CCBA, según el cual, "[l]a Ciudad garantiza la defensa de los consumidores y usuarios de bienes y servicios..." y [e]jerce el poder de policía en materia de consumo de todos los bienes y servicios" comercializados o prestados en la CABA. En las condiciones reseñadas, entonces, basta apuntar que la regulación prevista en la citada ley 210 no prevé limitación alguna por la circunstancia de que exista una autoridad del contrato, distinta del EURSP, dotada del derecho a aplicar esas sanciones. Más aún, es natural que así sea, porque el EURSP no está diseñado para desplazar a la Administración con competencias más específicas sino para complementarla. Dentro del marco descripto, entonces, la ley abarca una materia disponible por el legislador.

6. De cualquier manera, a este respecto, el recurrente cuestiona la existencia de la competencia para aplicar sanciones como la de autos, porque, sostiene, la ley 210 no la atribuye de modo expreso. Para el accionante, la sentencia impugnada, en este punto, "...resulta contraria al principio de interpretación restrictiva de la competencia que rige en el régimen administrativo" pues, según destaca, "[l]a competencia no se configura como un límite externo a la actuación, sino, antes bien, un presupuesto de ella, en virtud de la vinculación positiva de la Administración al ordenamiento jurídico" (fs. 6 vta./7).

Establecido ya que las multas impuestas configuran sanciones contractuales, las conclusiones de la Sala II Cámara CAyT en lo que ahora nos ocupa no quedan desvirtuadas por los argumentos del recurrente. En tal sentido, basta señalar que el art. 3º de la ley 210 dispone que corresponde al EURSP "l. Reglamentar el procedimiento para la aplicación de las sanciones que correspondan por violación de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales de los respectivos servicios, de conformidad con los regímenes sancionatorios vigentes, *y aplicar las mismas respetando los principios del debido proceso*" (sin destacar en el original). Por su parte, el art. 11 de esa norma establece que es competencia del Directorio del EURSP "*i.* Realizar todos los demás actos que sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones y los objetivos de la presente ley".

En tal contexto, es indisputable que el constituyente atribuyó al EURSP el poder de policía en materia de servicios públicos para asegurar la defensa y protección de los derechos de usuarios y consumidores (arts. 46 y 138 de la CCBA). A su turno, el legislador —en uso de la potestad que el art. 80, inc. 1º, de la CCBA le confiere para poner en ejercicio los poderes en ella previstos—, dictó la ley 210 que incluyó como funciones del EURSP: el control de los contratos de concesión,

el ejercicio de la jurisdicción administrativa, la regulación del procedimiento sancionatorio y la aplicación de sanciones por violaciones legales, reglamentarias o contractuales de los respectivos servicios (art. 3º, inc. b, e, k y l) y, finalmente, identificó al Directorio del Ente como su autoridad de aplicación (art. 11 ya citado). A ese respecto, el recurrente no muestra por qué el contenido expreso del inc. lº de la ley 210 brindaría insuficiente respaldo a las competencias ejercidas por el Directorio del EURSP en relación con las multas bajo estudio.

A su turno, la falta de operatividad del art. 22 de la ley 210 que el recurrente funda en la inteligencia que le asigna a la cláusula transitoria quinta de esa normativa —según la cual "El Poder Ejecutivo, en el plazo de 180 (ciento ochenta) días de promulgada la presente ley, enviará a la Legislatura una compilación ordenada y sistematizada de las normas aplicables a los servicios públicos, objeto de regulación y control, a fin de establecer el régimen jurídico de los servicios públicos de la Ciudad de Buenos Aires que aplicará el Ente"— fue rechazada por el *a quo* sin que los agravios del accionante logren desvirtuar lo decidido sobre el punto. Al reeditar sus objeciones ante esta instancia, el recurrente, expresa su discrepancia pero no demuestra por qué, frente a la ausencia de previsión en contrario invocada por la Sala II, la decisión de atribuir vigencia a la norma en cuestión con apoyo en las reglas estimadas aplicables en la materia (art. 2º del Cód. Civil, fs. 16 vta.), resultaría descalificable como resolución judicial válida.

De cualquier modo, establecer que las cuestionadas son potestades abarcadas por la competencia que la CCBA atribuye al EURSP no significa, en cambio, expedirse en torno a si el sistema que regula la normativa analizada es el mejor medio para lograr la finalidad perseguida. Esa valoración no corresponde a los órganos permanentes del Poder Judicial y es privativa del órgano depositario de la soberanía popular. En ese terreno, aunque las consideraciones de la defensa, dirigidas a lograr que el sistema de doble control (no de doble sanción, según explicaré) implementado por las normas analizadas no perturbe la prestación que tiene a su cargo, no prueben menoscabo de derechos, ello no implica que no sean cuestiones relevantes como para acordar entre los interesados el establecimiento de reglas eficientes de confección de partes diarios oponibles a cualquier órgano con competencia para ejercer la potestad sancionatoria del contrato que permitan certificar las condiciones de hecho relativas a deficiencias o anomalías en la prestación del servicio en juego.

7. Hasta aquí, queda establecido que el bloque normativo que crea y organiza al EURSP abarca la policía de los servicios públicos y el poder sancionador previsto en contratos que, como el que suscita esta controversia, se prestan en el ámbito de la CABA.

Dentro de ese marco, la sentencia impugnada sostuvo que la sanción cuestionada por la actora "...no le fue impuesta como consecuencia del ejercicio de facultades jurisdiccionales del Ente, ya que no se trató de ningún tipo de solución de controversias, sino en virtud de la potestad sancionatoria de dicho organismo" (fs. 15 vta.). La afirmación se apoyó en las previsiones de los arts. 20 y 22 de la

ley 210 que, respectivamente, establecen: "Toda controversia que se suscite entre los sujetos de los distintos servicios regulados, así como con todo tipo de terceros interesados, ya sean personas físicas o jurídicas, con motivo de la prestación del servicio, debe ser sometida en forma previa al conocimiento y consideración del Ente a cuyo efecto dicta las normas reglamentarias pertinentes.// Es facultativo para los usuarios el sometimiento a la jurisdicción previa del Ente" y "Las disposiciones sancionatorias contenidas en las distintas normas de regulación de los servicios comprendidos en esta ley, son aplicadas por el Ente...". A criterio el *a quo*, "...tanto la ley 210 como la resol. 28/EURSP/01 establecen dos tipos de procedimientos bien diferenciados. Uno, referido al control jurisdiccional (...) y otro, a las sanciones (...) capítulos VI y VII —respectivamente— de la ley mencionada" (fs. 15 vta.).

Aunque asiste razón al recurrente en cuanto afirma que las potestades jurisdiccionales no se agotan en la resolución de controversias pues, conforme quedó dicho (véase punto 4 de este voto), también incluirían la imposición de sanciones de carácter retributivo, lo cierto es que la actora no brinda argumento alguno para rebatir la interpretación asignada al art. 22 de la ley 210 como fuente de la atribución para aplicar sanciones orientadas a resguardar el cumplimiento del contrato, frente a situaciones como la que nos ocupa en las que las anomalías imputadas comprometen la seguridad en la prestación de un servicio público, lo que coloca al concesionario en una posición que lo distingue de la población general y le reporta obligaciones y beneficios diferenciados.

Al margen de la invocada superposición de controles esgrimida por la actora —de la que me ocuparé oportunamente—, conferida al Ente la potestad sancionatoria derivada del contrato, su ejercicio queda sujeto a las reglas propias de la función administrativa involucrada. En este terreno, por tanto, no son aplicables los principios de la función jurisdiccional, ni los del derecho penal. Esto último, reitero (véase punto 5), porque el destinatario de la multa es un sujeto que ingresa voluntariamente a un régimen que, por la finalidad que persigue, contempla regulaciones más estrictas de los derechos del concesionario. A su vez, en ese marco la sanción no reviste carácter retributivo ni, por tanto, está en juego función jurisdiccional alguna.

Así entonces, las cláusulas constitucionales invocadas por el recurrente, relativas a las garantías previstas en los arts. 12, inc. 5º, y 13, inc. 3º, de la CCBA, en función de la normativa de rango constitucional y legal que organiza al EURSP *supra* analizada, no aparecen menoscabadas por las multas cuestionadas por Mantelectric.

8. Despejado lo anterior, resta analizar si el modo en que la ley 210 confirió la potestad sancionatoria, ya identificada como de carácter administrativo, vulnera derechos adquiridos por el accionante a partir del contrato que regula la prestación del servicio a su cargo. Es ese, en definitiva, el agravio que el recurrente propone cuando atribuye estabilidad a las disposiciones del pliego que, según pretende, le confieren de modo irrevocable el derecho a ser controlada por un órgano del GCBA que no es el EURSP. Dicho de otro modo, el recurrente invoca que las previsiones

del contrato generan la incorporación a su patrimonio, con las características de la propiedad, del derecho a no recibir otras sanciones que las previstas en el pliego y del modo en que allí se las establece.

El planteo, entonces, aparece vinculado con una relación jurídica, el contrato, que por regla es susceptible de ser abarcada por la garantía prevista en el art. 12, inc. 5º, de la CCBA.

Ahora bien, no es menos cierto que "...no es en la C.N. , ni en la CCBA, donde se definen los derechos que quedan tutelados por los arts. 17 y 12 de esos cuerpos normativos. Establecer cuándo una persona incorpora una situación a su patrimonio con las características del derecho de propiedad es tarea que compete al legislador, dentro de los límites constitucionales. Una vez cumplidos los recaudos del supuesto previsto por la normativa, el derecho otorgado gozará del resguardo que contempla la cláusula constitucional invocada. En este sentido, resulta ilustrativo recordar las enseñanzas de Thomas Cooley cuando explica que será propiedad aquello a lo que la ley atribuya tal carácter, concepto que incluye según palabras de la CSJN —inspiradas tanto en la doctrina como en la jurisprudencia norteamericana—, "todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y su libertad" por eso "todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley (...) integra el concepto constitucional de 'propiedad'" (*Fallos,* 144:219 y 145:307, 'Campbell v. Holt', 115 U.S 620, 1885, y Thomas M. Cooley, "The General Principles of Constitutional Law in the United States of America", pp. 345/346, Little Brown and Company, 1898 y mi voto en "Pelacoff, Lisa Paola c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5860/08 y su acumulado expte. nº 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 entre otros).

Para demostrar que la multa cuestionada conculca el derecho de propiedad el accionante debió acreditar que las previsiones del contrato restringen la asignación del poder sancionador en juego y, luego, en su caso, que esa limitación pudiera tener el alcance que el recurrente le atribuye. En cuanto a lo primero, el Pliego, invocado para avalar el agravio bajo estudio, prevé que "[l]a dirección y el control de la ejecución del contrato estará a cargo de la Secretaría de Producción y Servicios del GCBA. La inspección a que aluden estas bases de contratación estará a cargo de agentes que revistan en la Dirección General de Servicios Públicos, la que se ejercerá *per se* o a través de las Delegaciones que se establezcan de conformidad con la descentralización administrativa y operativa de la Ciudad, incorporada en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires" (art. 49, fs. 180). Frente a ello, el EURSP "...instituido en el ámbito del Poder Ejecutivo..." por el art. 138 de la CCBA no parece *a priori* como un sujeto ajeno a las previsiones contempladas en el propio pliego. De cualquier modo, la estabilidad del contrato en sentido estricto no es trasladable a la faceta reglamentaria inherente a ciertos aspectos regulados por los pliegos de condiciones generales de los contratos administrativos. Basta señalar que las competencias del Poder Ejecutivo asignadas en el pliego a una de-

terminada repartición estatal no podrían condicionar a la Administración porque, ello, implicaría petrificar el ejercicio de una función, la reglamentaria, por naturaleza mutable (v. gr. modificaciones en la estructura administrativa justificarían reasignar funciones encomendadas a un órgano que se suprime). Tampoco previsiones del pliego como la que nos ocupa podrían condicionar las potestades que la CCBA confiere al legislador cuando establece que legisla para "...poner en ejercicio los poderes y autoridades" previstos en la CCBA así como también "...en materia Administrativa..."; potestades cuyo ejercicio queda reflejado en el art. 22 de ley 210 sin que se hubiera cuestionado su constitucionalidad (conf. mi voto en "Asociación de Psicólogos del GCBA c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 5942/08, sentencia del 20/8/2009). En consecuencia, el pliego y la ley 210 operan, para lo que ahora se analiza (autoridad de aplicación de las sanciones contractuales), en un ámbito que impide invocar el derecho al mantenimiento de la cláusula bajo estudio pues ella se refiere al modo en que el Estado organiza y distribuye el ejercicio de sus funciones.

9. Por otra parte, el recurrente señala que la ilegitimidad de la sanción también derivaría de la superposición de controles asignados a una repartición de la Administración centralizada y al EURSP, encargándoles a ambos la aplicación del régimen sancionatorio del contrato. En palabras del recurrente "...la superposición de competencias es evidente (...) si bien no se ha alegado una doble sanción por el mismo hecho en violación al principio *non bis in idem*, no es menos cierto que ambas competencias se superponen permitiendo al Estado, con todos sus recursos y poder, llevar a cabo esfuerzos repetidos para condenar a mi mandante" (fs. 7 vta.).

En los puntos 4 y 5 de este voto quedó establecido por qué las sanciones resistidas no constituyen una pena, ni su aplicación compromete el ejercicio de facultades jurisdiccionales. Como contrapartida, también se explicó que las multas contractuales impuestas son parte de las prerrogativas estatales en el marco de una concesión de servicio público y expresan el ejercicio de una función administrativa orientada a lograr el normal desarrollo en la ejecución del contrato. En tales condiciones, cualquiera fuera el tenor de las objeciones que, por hipótesis, pudiera suscitar la aplicación superpuesta de sanciones contractuales por un mismo hecho, ellas no estarían amparadas por la garantía invocada, propia del ámbito de las sanciones retributivas y no de las administrativas (conf. mi voto en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Mancuso, Marcela Lidia c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires —apelación—'", expte. nº 4106/05, sentencia del 21/12/2005 y "Carballo, Héctor Fernando s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Carballo, Héctor Fernando c/GCBA s/medida cautelar'", expte. nº 4311/05, sentencia del 26/4/2006 así como Joaquín Meseguer Yerba, "El principio '*non bis in idem*' en el procedimiento administrativo sancionador", pp. 19/22, Bosch, Barcelona, 2000). En realidad, la imposibilidad de aplicar dos veces las sanciones del contrato deriva del propio contrato que no lo contempla como opción admitida. Una cosa es dotar al EURSP de competencias para controlar a la autoridad de aplicación de las sanciones del contrato y otra admitir la duplicación de sanciones. Lo primero

viene establecido por el bloque normativo analizado a lo largo del voto, en cambio, lo segundo, es una hipótesis que no encuentra respaldo alguno en el contrato, única fuente de la potestad sancionatoria aquí discutida.

Por lo demás, el debate es conteste en cuanto a que la Dirección General de Alumbrado Público y Servicio Eléctrico no aplicó sanciones por los hechos de autos (fs. 7 vta. y 323 autos principales). Aunque el recurrente propicia derivar de esa constancia que no existieron los incumplimientos sancionados soslaya que el informe al tiempo que señala que "[c]onsultada la documentación para el período de vigencia del contrato no se detectaron demoras en los plazos de reparación" también indica que en relación con las anomalías aquí discutidas "...no se informa la fecha de ocurrencia". Frente a ello, la actora debió explicar por qué la acreditación del incumplimiento que el *a quo* fundó en las planillas de seguimiento aportadas por el EURSP quedaría desvirtuado por la afirmación genérica obrante en el informe de fs. 323.

En este punto, entonces, y al margen de la conveniencia o idoneidad del régimen adoptado por el art. 138 de la CCBA, reglamentado por la ley 210, al haberse otorgado al EURSP la potestad sancionatoria derivada del contrato, la mera constatación de su ejercicio no es suficiente para alegar problemas de superposición de controles. En todo caso, sería menester probar una evaluación contradictoria de un hecho por parte de dos autoridades de aplicación —extremo que, según lo ya dicho, no se verifica en autos— o, cuanto menos, demostrar que existe vicio en la causa del acto que pretende el pago de una multa ya satisfecha (o no ejecutoriada), cuando la segunda sanción viniera instada por la actividad de un órgano diferente al que la aplicó en primer término.

Por las razones expuestas, oído el señor fiscal general adjunto, voto por admitir parcialmente la queja y rechazar el recurso de inconstitucionalidad. Las costas se imponen por su orden en atención a la complejidad de la cuestión debatida (art. 62 del CCAyT).

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La queja fue interpuesta oportunamente (art. 33 de la ley 402). Sin embargo, no puede ser admitida.

2. Al declarar inadmisible el recurso de inconstitucionalidad de fs. 2/11, los magistrados resaltaron que la actora se limitó a mostrar su desacuerdo con la interpretación de normas infraconstitucionales adoptada en el caso. Explicaron que los temas principales del pronunciamiento atacado versaron sobre el hecho denunciado, su prueba, y la interpretación y aplicación de la ley 210. Y recordaron (fs. 1 y vta.) que "[l]a circunstancia de que el recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara sobre reglas de derecho común, infraconstitucional, y sobre la valoración de la prueba, no significa que la sentencia devenga infundada, ni tampoco pone de manifiesto la existencia de un caso constitucional".

3. Mantelectric señala:

i) que en la resolución denegatoria "(...) no ha existido un mínimo tratamiento de los agravios vertidos respecto de la *existencia de caso constitucional* atento *1.* haberse instruido un *sumario, sin ley previa autorizante*; *2.* Encontrarse *cuestionadas las facultades sancionatorias del Ente* Único de Servicios Públicos de la Ciudad de Buenos Aires, a la luz de lo expresamente normado por el art. 11 de la ley 210 y por su cláusula transitoria quinta" (el resaltado aparece en el original, fs. 23); y

ii) que el auto denegatorio omitió referirse a los planteos vinculados con los arts. 138 y 139 de la CCBA y con la sustitución de facultades del Poder Ejecutivo (arts. 102, 104 inc. 13 y 23 y 105 inc. 2º de la CCBA).

En lo que resta de su presentación, la empresa reitera las manifestaciones que ha venido exponiendo desde el inicio del proceso.

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. TSJBA *in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001).

Cada una de las impugnaciones de la accionante a la resol. 08/EURSP/CABA/06 y al marco normativo aplicable mereció pormenorizada respuesta en el fallo de la Sala II. Y, por su parte, la quejosa no aporta ninguna razón —más allá de su comprensible discrepancia con una sentencia que rechaza su pretensión— que logre poner en crisis los fundamentos de la denegatoria de fs. 1 y vta., centrados en que el debate estuvo referido a cuestiones de hecho y prueba y a la aplicación de normas infraconstitucionales.

En síntesis, las deficiencias de la crítica al auto denegatorio sellan la suerte adversa del recurso directo intentado.

4. Por lo expuesto, corresponde rechazar la queja de fs. 22/32 vta.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. La queja fue presentada en legal tiempo y forma, sin embargo no puede prosperar. Los agravios del recurrente no alcanzan a conmover los motivos en que se basó la Cámara para dictar el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad: la inexistencia de caso constitucional.

El recurso de la parte actora versa sobre la interpretación de los hechos de la causa, la prueba producida, y las normas infraconstitucionales aplicables al caso. Dichas cuestiones son ajenas, por vía de principio, a la competencia extraordinaria del TSJBA mediante esta vía impugnatoria extraordinaria intentada por el accionante.

2. No asiste razón al recurrente en tanto sostiene la incompetencia del Ente Único Regulador de los Servicios Públicos para aplicar sanciones. En tal sentido, argumenta la accionante que al estar establecidas las sanciones en los pliegos de

bases y condiciones, el órgano competente para imponerlas será el indicado en dichos pliegos: el Jefe de Gobierno de la CABA.

Este argumento es insostenible jurídicamente, toda vez que a partir de la entrada en vigencia de la ley 210 (norma posterior y superior a los pliegos de bases y condiciones que rigieron la contratación) resulta incuestionable la competencia del Ente para controlar el servicio público prestado por la contratista (conf. art. 2º, inc. b) ley local 210), y para aplicar las correspondientes sanciones ante sus incumplimientos.

La referida norma legal establece que el Ente tiene, entre sus funciones, la de "reglamentar el procedimiento para la aplicación de las sanciones que correspondan por violación de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales de los respectivos servicios, de conformidad con los regímenes sancionatorios vigentes, y aplicar las mismas respetando los principios del debido proceso" (art. 3º, inc. l). Por su parte, el art. 11 confiere competencia al Directorio del Ente, entre cuyas facultades se encuentran las siguientes: "aplicar y fiscalizar el cumplimiento de las normas legales y reglamentarias que rigen la actividad del Ente" (inc. a), y "realizar todos los demás actos que sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones y los objetivos de la presente ley" (inc. i).

Cabe agregar, además, que ya desde el año 1.996, con anterioridad a la contratación celebrada entre las partes de este proceso, había sido creado el EURSP en el ámbito del Poder Ejecutivo (arts. 138 y 139, CCBA).

Por estos motivos el agravio relativo a la falta de competencia no puede prosperar.

3. Tampoco se advierte en la causa que se haya violado la garantía del debido proceso, toda vez que el procedimiento administrativo que culminó con el dictado del acto cuestionado, se llevó a cabo de conformidad con la resol. 28/GCABA/EURSP/01, emitida por el Ente —de acuerdo con sus atribuciones legalmente conferidas por el art. 3º, inc. l), arriba citado— conjuntamente con el GCBA. Además, la sanción impuesta estaba tipificada, pues se encontraba establecida en los pliegos de bases y condiciones que rigen la contratación, los cuales resultan aplicables en todos los demás aspectos que no se contradigan con normas superiores.

Por otra parte, respecto del cuestionamiento al art. 22 de la citada Resolución —que dispone que las actas e inspecciones constituyen prueba suficiente de los hechos a constatar—, coincido con lo sostenido por el Dr. Lozano, en el considerando 2 de su voto (a cuyos argumentos me remito), toda vez que la actora no aportó, en la causa, ningún otro elemento probatorio contundente a fin de rebatir los hechos acreditados mediante las referidas actas, o lograr un pronunciamiento que se aparte de la solución a la que arribaron los Magistrados de las instancias inferiores.

4. En lo que respecta a la inconstitucionalidad de la facultad jurisdiccional del Ente, planteada por el recurrente, coincido con lo sostenido por el Dr. Lozano en el considerando 7 de su voto, puesto que las sanción aplicada a la empresa actora no reviste carácter retributivo, motivo por el cual el EURSP no obró en el ejercicio de

sus facultades jurisdiccionales, sino ejerciendo su función administrativa de control del servicio público que presta la actora, mediante la aplicación de una multa pactada en el contrato, ante el incumplimiento de la empresa.

5. Por último, tampoco asiste razón al impugnante en tanto sostiene que el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad es arbitrario, toda vez que dicha resolución es un pronunciamiento serio y fundado en la ausencia de causa constitucional, y el quejoso solo se limita a manifestar su disconformidad con lo resuelto.

6. En mérito a lo anteriormente expuesto, voto por rechazar la queja y tener por perdido el depósito de fs. 21.

El doctor José O. Casás dijo:

1. Coincido con la solución que propician mis colegas las doctoras Ana María Conde y Alicia E. C. Ruiz, consistente en rechazar el recurso de queja interpuesto por Mantelectric ICISA, puesto que, como se verá a continuación, los planteos formulados no logran configurar un caso constitucional que habilite esta instancia recursiva, en tanto remiten exclusivamente a la consideración de la valoración efectuada por los jueces de la causa respecto del alcance de distintos preceptos contenidos en la ley 210 y de cuestiones de hecho y prueba que surgen del expediente.

2. La impugnante esgrime diversos planteos con el objeto de sostener el recurso de inconstitucionalidad deducido contra la sentencia de la Sala II que, en lo que aquí interesa, rechazó la acción deducida para impugnar la validez de la resol. 08/EURSP/06 y, en consecuencia, confirmó las multas impuestas a la empresa recurrente por el incumplimiento en los plazos máximos previstos para la reparación de las instalaciones de alumbrado público de las calles Anchorena 385, Tucumán 3622/26, Tucumán 3222 y Humahuaca 3535 —por falta de tapas de los tableros de las columnas 3/4, 36/1, 32/1 y 35/2, respectivamente.

3. Un primer grupo de agravios intenta cuestionar la decisión aludida en cuanto afirmó la competencia del EURSP para imponer la sanción objetada. En este punto, Mantelectric ICISA esgrime que el Directorio del EURSP carecería de facultades sancionatorias a la luz de lo dispuesto en el art. 11 de la ley 210 —que enumera sus funciones— y en la cláusula transitoria quinta de ese cuerpo legal que, a su criterio, supeditaría su operatividad. En este mismo sentido, aduce que el reconocimiento de competencia en cabeza del EURSP para aplicar las sanciones establecidas en la documentación contractual sustituye facultades propias del Poder Ejecutivo de la Ciudad y genera una situación de superposición de competencias. Al respecto, alega la vulneración de los arts. 102; 104, inc. 13 y 23 y 105, inc. 2º de la CCBA.

3.1. Si bien en la sentencia de fecha 25/9/2008 la Sala II Cámara CAyT recordó los preceptos contenidos en el art. 138 de la CCBA, lo cierto es que el tribunal *a quo* dio respuesta a los cuestionamientos realizados por la accionante mediante la interpretación de las distintas previsiones contenidas en los arts. 2º, 3º

y 11 de la ley 210 y es sobre esas cuestiones que la recurrente ahora procura la atención de este estrado.

Así las cosas, toda vez que la actora únicamente postula una exégesis diferente de aquellas normas de naturaleza infraconstitucional, entiendo que las cuestiones propuestas no resultan atendibles en tanto discurren por carriles ajenos a la competencia recursiva reconocida a este estrado.

Por otra parte, si bien la actora se agravia respecto de que la Cámara no habría resuelto puntualmente su planteo referido a que "el Directorio del Ente carece de facultades sancionatorias por no encontrarse mencionadas en forma expresa en el art. 11 de la ley 210" y asimismo postula la falta del competencia del Directorio para dictar la resol. 28/EURSP/01 —que aprobó el Reglamento de Procedimientos de Controversias y Sanciones del EURSP— por fundamentos similares, lo cierto es que estas manifestaciones sólo expresan la discrepancia de la recurrente con el contenido del pronunciamiento discutido, mas no se hacen cargo de lo efectivamente decidido por la alzada en este punto. Aquí, los jueces de la causa destacaron que el art. 3º de la ley 210 expresamente establece entre las funciones del Ente la de "reglamentar el procedimiento para la aplicación de las sanciones que correspondan por violación de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales de los respectivos servicios, de conformidad con los regímenes sancionatorios vigentes, y aplicar las mismas respetando los principios del debido proceso". Asimismo el tribunal *a quo* sostuvo que estas competencias del Ente —como tales, improrrogables— debían ser ejercidas por su máximo órgano colegiado interno, teniendo en cuenta que el art. 11, inc. i, de la ley 210 establece dentro de las funciones del Directorio las de "realizar todos los demás actos que sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones y los objetivos de la presente ley".

En este contexto, las genéricas objeciones formuladas no resultan hábiles para poner en crisis el pronunciamiento impugnado.

3.2. La cuestión referida a la operatividad de la ley 210 tampoco plantea un caso constitucional en los términos del art. 113, inc. 3º, de la CCBA. Aquí también el tribunal *a quo* recurrió a la interpretación de las distintas normas de la aludida ley 210 y a la aplicación del art. 2º del Cód. Civil para concluir que la exhortación dirigida al Poder Ejecutivo para que enviase a la Legislatura una "compilación ordenada y sistematizada de las normas aplicables a los servicios públicos", contenida en la cláusula transitoria quinta, en modo alguno constituía o podía implicar una condición que supeditara la vigencia de ley 210 sino que sólo podía entenderse como un requerimiento a fin de facilitar la actuación del órgano. Por tal motivo, se advierte que la pretensión recursiva esgrimida únicamente propone a este estrado la consideración de una conjugación diferente y por lo demás peculiar de las normas infraconstitucionales involucradas, sin efectuar una conexión concreta con normas de índole constitucional.

3.3. La misma suerte debe correr el agravio relativo a la pretendida superposición de competencias entre el Poder Ejecutivo y el EURSP. Si bien la recurrente

discrepa con la decisión de la Sala II en cuanto reconoció válidamente en cabeza del EURSP (órgano descentralizado del GCBA) competencia para ejercer el poder de policía en materia de servicios públicos de manera complementaria a la actividad desplegada por la administración local y, en particular, para efectuar el control de la ejecución del contrato celebrado entre el GCBA y la empresa Mantelectric ICISA —y aplicar las sanciones allí previstas, un vez verificado un incumplimiento—, no ha logrado desvirtuar el razonamiento desarrollado por los jueces de la causa en punto a que esta particular modalidad de control no ha entrañado en el caso una duplicación de sanciones por el mismo hecho. Así las cosas, los agravios esgrimidos carecen de sustento y distan de involucrar un caso constitucional, sin que quepa al Poder Judicial valorar el mérito y la conveniencia del mecanismo diseñado por el legislador local para asegurar control, seguimiento y resguardo de la calidad de los servicios públicos prestados en la jurisdicción; consideración que también vale frente al genérico planteo orientado a excluir al Ente del aludido control por no haberse previsto ello en la letra del contrato suscripto con el Estado local.

Cabe agregar que la mención de los arts. 102; 104, inc. 13 y 23 y 105, inc. 2º de la CCBA que refieren a deberes y potestades del Poder Ejecutivo local, sin una adecuada fundamentación que los conecte con las cuestiones efectivamente propuestas por la empresa actora en su recurso, tampoco resulta apta para habilitar la vía intentada. Aquí resulta oportuno recordar que este Tribunal ha dicho en numerosas ocasiones que "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", 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., entre muchos otros).

4. La recurrente plantea también la inconstitucionalidad de la pretendida "facultad jurisdiccional" del Ente ejercida en el caso. En particular, sostiene que la actividad desplegada por el EURSP importó el ejercicio de competencia jurisdiccional, en abierta contraposición con la garantía de juez natural prevista en el art. 18 de la C.N. y lo dispuesto en los arts. 29, 108 y 109, de la C.N. y los arts. 10; 12, incs. 5º y 6º, y art. 13, inc. 3º, de la CCBA.

Los planteos formulados en este punto no pueden prosperar, toda vez que la accionante, desde mi punto de vista, no ha logrado especificar la relación directa de la garantía invocada con lo decidido en el caso. En efecto, los agravios planteados, por su generalidad, no resultan hábiles para acreditar que la actividad desarrollada por el Ente, consistente en controlar la ejecución del contrato celebrado entre el GCBA y la empresa Mantelectric ICISA y aplicar en sede administrativa la sanción prevista en las normas que rigen la relación contractual —más allá del modo en que se decida clasificar tal actuación o de cualquier disquisición terminológica al respecto—, pueda comprometer de manera directa una garantía constitucional orientada, básicamente,

a asegurar que no existan tribunales *ad hoc*, creados especialmente para el caso o según la persona a juzgar (prohibición de comisiones especiales) y que las leyes que crean esos tribunales no sean posteriores a los hechos que éstos deban juzgar (leyes *ex post facto*).

Por ello, estos agravios también deben ser desestimados.

5. Corresponde asimismo señalar que las aisladas referencias a garantías propias del ámbito del derecho penal tampoco habilitan la instancia recursiva ante este estrado puesto que la recurrente no ha demostrado que la sanción aplicada en autos posea naturaleza represiva; máxime teniendo en cuenta que esas facultades administrativas ejercidas en el caso surgirían a partir del régimen de especial sujeción al cual se sometió la empresa recurrente.

6. Finalmente, en lo que respecta a los agravios referidos a la nulidad del procedimiento sancionatorio por la supuesta falta de traslado de las actas de inspección y comprobación técnica invocadas por el EURSP para sustentar la multa resistida y las objeciones relativas al modo en que el tribunal de alzada valoró las constancias y pruebas obrantes en la causa, adhiero a las consideraciones desarrolladas por el doctor Luis F. Lozano en el punto 2 de su voto en tanto allí encuentran acabada respuesta.

Por los motivos expuestos, corresponde rechazar el recurso de queja interpuesto por Mantelectric ICISA y dar por perdido el depósito de fs. 21.

Así lo 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 Mantelectric ICISA.

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 - José O. Casás.*

En similar sentido se resolvió en los exptes. nº 6590/09 " Mantelectric ICISA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Mantelectric ICISA c/GCBA s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'" y nº 6613/09 " Mantelectric ICISA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Mantelectric ICISA c/Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad Bs. As. s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'", ambas del 10/3/2010.

XXV

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'BRASSART, URBANA C/GCBA S/DAÑOS Y PERJUICIOS'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Sentencia definitiva. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: Prescripción de la acción. Arbitrariedad de sentencia. Dispendio de actividad jurisdiccional. Seguridad jurídica. Principio de tutela judicial efectiva.

SUMARIOS:

1. El recurso de queja debe ser rechazado pues no cumple con la carga de fundamentación prescripta por el art. 33, segundo párrafo de la ley 402 porque el recurrente no logra rebatir las razones por las cuales la Cámara entendió que la decisión adoptada no pone fin al pleito ni resuelve la cuestión de fondo y por esas razones no encuadra en la configuración de definitiva ni puede ser equiparable a tal. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces José O. Casás y Luis F. Lozano).*

2. La sentencia que se intenta cuestionar mediante el recurso de inconstitucionalidad que esta queja sostiene, más allá de su acierto o error, no resulta definitiva en los términos del art. 27 de la ley 402, ni equiparable a una de tal carácter. *(Votos de los señores jueces José O. Casás y Luis F. Lozano).*

3. La sentencia de la Cámara que sostuvo que la prueba ofrecida y producida por la parte actora en torno a demostrar la oportuna interpelación de la demandada resulta suficiente como para tener por configurada la 'constitución en mora del deudor', y por ende, la suspensión del plazo de prescripción, no explicó los motivos por los cuales consideró que dicha prueba era suficiente para acreditar la citación a audiencia, motivo por el cual la resolución impugnada resulta carente de fundamentación y, por ende, arbitraria. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

4. La actora manifestó en su escrito de inicio que el hecho que motivó la presente acción ocurrió el día 24/7/1997, y la promoción de diligencias preliminares data del día 9/9/1999, en consecuencia, se encuentra vencido el plazo bienal de prescripción para iniciar la acción por responsabilidad extracontractual (conf. art. 4037, Cód. Civil), que no fue interrumpido, ni suspendido en ningún momento, puesto que la actora nunca logró demostrar que hubiera notificado fehacientemente a la CABA de la citación y tampoco se aducen otras causales de suspensión o interrupción. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

5. Al encontrarse vencido el plazo bienal de prescripción para iniciar la acción por responsabilidad extracontractual (conf. art. 4037, Cód. Civil) la causa se encuentra prescripta, y esta certeza, atento su carácter notorio e indiscutible, justifica hacer una excepción al principio sentado por este Tribunal según el cual corresponde diferir el análisis de la excepción de prescripción rechazada por la Cámara, y proceder a su inmediato tratamiento. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

6. La prolongación del proceso provocaría un enorme e inútil dispendio de actividad jurisdiccional, si se deja tramitarun juicio inexorablemente perimido; y se vería infringido el principio de seguridad jurídica, por la incertidumbre innecesaria —ya que puede ser despejada en esta oportunidad procesal—que generaría el resultado del proceso; se afectaría el principio de tutela judicial efectiva, que exige que las causas sean resueltas en tiempo útil, provocando pérdida de tiempo y gastos causídicos superfluos a ambas partes. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. SACAyT nº 6601/09 - 10/3/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Sra. Urbana Brassart, por derecho propio y en representación de su hija menor de edad D. I. S., promovió una acción de daños y perjuicios contra el GCBA (demanda de fs. 115/118 vta. cuyos términos fueron ampliados mediante el escrito de fs. 100/114 vta.).

Relató que el 24/7/1977 (en rigor 1997), el Sr. Scetti (quien fuera su marido y padre de su hija) se accidentó en la vía pública al caer en un profundo pozo abierto que carecía de vallado, lo que le produjo severas lesiones que fueron la causa de su fallecimiento.

Manifestó que en abril de 1999, el Sr. Scetti inició los trámites de mediación obligatoria en los términos de la ley 24.573 y que, luego de su muerte, ella asumió la representación del caso.

2. El GCBA opuso como excepción previa la prescripción de la acción (art. 282, inc. 9º del CCAyT) y requirió el archivo de las actuaciones (fs. 119/120 vta.).

Sostuvo que la responsabilidad implicada es extracontractual y que el plazo de prescripción es de dos años (art. 4037 del Cód. Civil).

Alegó que el hecho que dio lugar a las presentes actuaciones tuvo lugar el 24/7/1997 y que las medidas preliminares que iniciara la actora ante el fuero Civil datan del 9/9/1999, lo que permite apreciar que la acción se encontraría prescripta.

3. La excepción de prescripción que dedujera el GCBA fue contestada por la actora (fs. 84/86 vta.) quien solicitó su rechazo.

Señaló que cuando aconteció el siniestro era obligatorio el trámite de mediación (ley 24.573) y que la citación del GCBA a las audiencias convocadas al efecto, en abril de 1999, suspendió el curso de la prescripción. Agregó que el demandado no se presentó a ninguna de las audiencias fijadas.

Alegó en su favor, lo dispuesto en el art. 28 del dec. 91/98 (reglamentario de la ley 24.573), que estimó aplicable.

Por fin, expresó que el fallecimiento del Sr. Scetti, el 24/5/1999, constituye un daño sobreviniente que determina la interposición de la demanda en tiempo útil.

4. El juez de primera instancia hizo lugar a la excepción de prescripción (fs. 107/108).

Sostuvo que la responsabilidad atribuida al GCBA es extracontractual, que el plazo de prescripción es de dos años (art. 4037 del Cód. Civil) y que la acción se encuentra prescripta en atención a las fechas en que se produjo el accidente (24/7/1997) y se iniciaron las medidas preliminares (9/9/1999).

Afirmó que el GCBA no estaba obligado a concurrir a mediación en virtud de lo dispuesto por el art. 2º inc. 4º de la ley 24.573 y que la suspensión de la mediación (art. 29 de la ley 24.573) tiene carácter excepcional por lo que no puede extenderse a supuestos no previstos en la ley.

Señaló, no obstante, que la actora no acreditó que el GCBA hubiese sido fehacientemente notificado de la mediación y que, dicha circunstancia, impide tener por configurado el supuesto de suspensión de la prescripción del art. 29 de la ley mencionada.

Las costas fueron impuestas a la vencida.

5. La actora apeló la sentencia y expuso agravios (fs. 122/131 vta.) en torno a la autenticidad de los documentos que acompañara al expediente para acreditar la notificación fehaciente al GCBA, al efecto suspensivo de la intimación en el curso de la prescripción "…esté o no el GCBA obligado a concurrir a las mediaciones a las que es citado…" (fs. 42), a la existencia de un daño sobreviniente (el fallecimiento del Sr. Scetti el 24/5/1999), no considerado por el juzgador, que impide la prescripción y, a la obligación del GCBA de concurrir a la audiencia de mediación.

El memorial de agravios fue contestado por el GCBA (fs. 132/133 vta.).

6. La Sala II de la Cámara CAyT revocó la sentencia impugnada (fs. 109/109 vta.).

Advirtió que la circunstancia de que la actora no formulara agravios relativos al plazo de prescripción de dos años, le impide revisar la cuestión y aplicar el plazo de prescripción de cinco, como lo hiciera en otros precedentes en los que se demandaba al Estado por responsabilidad extracontractual.

Consideró que el plazo de prescripción se encontraba suspendido desde la citación a la primera audiencia de mediación producida en el mes abril de 1999 y que las diligencias preliminares (9/9/1999) se iniciaron, por tanto, dentro del plazo que establece el art. 3986 del Cód. Civil.

Argumentó que la prueba ofrecida y producida por la actora para demostrar la oportuna interpelación de la demandada resulta suficiente para tener por configurada la constitución en mora del deudor a la que hacen referencia los arts. 29 de la ley 24.537 y 3986 del Cód. Civil y que, en atención al principio de tutela judicial efectiva consagrado en la CCBA, "…procede tener por acreditada dicha circunstancia a partir de las copias anejadas tanto por la mediadora interviniente

como por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación asignándole, en consecuencia, los efectos previstos en las mentadas normas" (fs. 62 vta.).

Refirió que pese a la inaplicabilidad del trámite de mediación obligatoria respecto del demandado (art. 2º inc. 4º de la ley 24.573), "…al momento de promover las medidas preliminares las causas contra la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires tramitaban por ante el fuero Civil, lo cual válidamente pudo generar la creencia de la actora en que debía recurrir al referido proceso" y que "…los emplazamientos efectuados por la parte actora, bien podrían haber sido asimilados —en virtud del informalismo a favor del administrado— a un reclamo administrativo previo que, aun siendo innecesario en virtud de las dispos[i]ciones vigentes en la época (ley 19.987 y 20.261), tendría la virtualidad de suspender los plazos legales y reglamentarios, inclusive los relativos a la prescripción" (fs. 62 vta.).

Las costas fueron impuestas por su orden en ambas instancias.

7. El GCBA dedujo el recurso de inconstitucionalidad de fs. 87/100 vta. fundado en los siguientes agravios: *a)* afectación del debido proceso y de la defensa en juicio, *b)* vulneración del principio de igualdad, *c)* lesión del derecho de propiedad, *d)* vulneración del principio de división de poderes, *e)* afectación del principio de legalidad, *f)* arbitrariedad de la sentencia y *g)* gravedad institucional.

El escrito de fs. 87/100 vta. fue contestado por la contraria (fs. 101/106 vta.).

8. La Sala II de la Cámara CAyT declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad en el entendimiento de que no se dirigía a impugnar una sentencia definitiva o equiparable, que no planteaba un caso constitucional y que la decisión impugnada no podía calificarse de arbitraria (fs. 1/1 vta.).

9. El GCBA recurrió en queja (fs. 64/77 vta.).

10. El fiscal general adjunto propició el rechazo de la presentación directa (fs. 156/157).

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La queja que oportunamente dedujera el GCBA debe ser rechazada.

2. En el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, la Sala II de la Cámara CAyT sostuvo, entre otras consideraciones, que "…no se cumple en autos el requisito de que la sentencia revista la condición de definitiva, ya que el decisorio recurrido es un interlocutorio que revocó el rechazo de una excepción de prescripción. Por lo tanto, el mismo no pone fin al pleito ni resuelve la cuestión de fondo. Como tal no encuadra en la configuración de sentencia definitiva ni puede ser equiparable a tal" (fs. 1).

3. La presentación directa no cumple con la carga de fundamentación prescripta por el art. 33, segundo párrafo de la ley 402 y ello porque el recurrente no

logra rebatir las razones por las cuales la Cámara entendió que la decisión adoptada no era definitiva ni tenía el carácter de equiparable.

4. Como acertadamente lo señalara la Cámara en el auto denegatorio recurrido, la sentencia impugnada mediante el recurso de inconstitucionalidad (fs. 62/62 vta.) no constituye una sentencia definitiva toda vez que no resolvió la cuestión de fondo implicada en autos ni puso fin al pleito o impidió su continuación.

La sentencia aludida, por el contrario, dejó subsistente la acción incoada al revocar la resolución del juez de primera instancia que había admitido la excepción de prescripción articulada por el GCBA.

5. En la queja, el GCBA se limita meramente a afirmar que la resolución de Cámara de fs. 62/62 vta. es asimilable a definitiva. Sin embargo, no invoca ni demuestra de qué manera concreta la decisión recurrida le causa un gravamen de imposible o insuficiente reparación ulterior.

La lectura de la queja permite advertir la ausencia absoluta de fundamentación en torno al punto, circunstancia que alcanza para justificar su rechazo.

6. Con apoyo en las consideraciones expuestas, voto por rechazar la queja que interpusiera el GCBA a fs. 64/77 vta.

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

Adherimos al voto de la señora jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz, en tanto pone de resalto que la sentencia que se intenta cuestionar mediante el recurso de inconstitucionalidad que esta queja sostiene —que, en lo que aquí interesa, revocó la decisión de primera instancia que había hecho lugar a la excepción de prescripción interpuesta por el GCBA demandado—, más allá de su acierto o error, no resulta definitiva en los términos del art. 27 de la ley 402, ni equiparable a una de tal carácter.

En este punto, cabe recordar que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en numerosas ocasiones ha afirmado 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 recurso extraordinario federal (*Fallos,* 274:440; 276:130; 288:159; 298:408; 307:1030 y 310:195, entre muchos otros, doctrina aplicable *mutatis mutandi* al recurso de inconstitucionalidad local), sin perjuicio de la posibilidad de traer el agravio, si persiste y conforme los recaudos pertinentes, en ocasión de apelar la sentencia que ponga fin al pleito (conf. TSJBA en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Bargiela, Juan Carlos c/GCBA s/otras demandas c/la aut. administrativa'", expte. nº 5593/07, sentencia del 30/6/2008 y en sentido análogo *Fallos,* 303:1040; 305:1745, entre otros).

Así lo votamos.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Si bien es cierto que, por regla general, el rechazo de la excepción de prescripción no genera un agravio directamente impugnable en este estado del

proceso, puesto que no impide la tramitación del juicio y su tratamiento por parte del TSJBA puede ser diferido al momento de resolver el recurso de inconstitucionalidad que quepa deducir contra la sentencia definitiva (conf. TSJBA, "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Bargiela, Juan Carlos c/GCBA s/otras demandas c/la aut. administrativa'", expte. nº 5593/07, sentencia del 30/6/2008), en este caso corresponde hacer una excepción a dicho principio, por las particularidades de esta causa.

2. La sentencia de la Cámara sostuvo que "la prueba ofrecida y producida por la parte actora en torno a demostrar la oportuna interpelación de la demandada resulta suficiente como para tener por configurada la 'constitución en mora del deudor'", y por ende, la suspensión del plazo de prescripción.

Sin embargo, la actora sólo acompañó copias simples de la carta documento y el oficio que afirma haberle remitido a la demandada, y dichas copias fueron desconocidas por el GCBA. En tales condiciones, como bien lo señala el señor juez de primera instancia, corresponde rechazar el valor probatorio de dichas fotocopias (sobre este punto, véase voto del Dr. Casás, al que adherí en la causa "Battilana, Patricia Eva s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Battilana, Patricia Eva y otros c/GCBA s/responsabilidad médica'" y su acumulado nº 6494/09 "Ministerio Público - Asesora General Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Battilana, Patricia Eva y otros c/GCBA s/responsabilidad médica'", expte. nº 6480/09, sentencia del 20/10/2009).

La Cámara no explicó los motivos por los cuales consideró que dicha prueba era suficiente para acreditar la citación a audiencia, motivo por el cual la resolución impugnada resulta carente de fundamentación y, por ende, arbitraria. Por ello y los fundamentos expuestos en el párrafo anterior, la sentencia recurrida debe ser revocada.

3. Resuelta la revocación de la resolución impugnada, y toda vez que, en lo relativo al curso de la prescripción, no se presentan en el caso otras discrepancias sobre cuestiones de hecho, resulta posible expedirse sobre la cuestión de fondo, en los términos del art. 31, segundo párrafo, de la ley local 402.

La actora manifestó en su escrito de inicio que el hecho que motivó la presente acción ocurrió el día 24/7/1997 (fs. 1 del expediente principal), y la promoción de diligencias preliminares data del día 9/9/1999 (véase cargo obrante a fs. 2 vta. del citado expediente). En consecuencia, se encuentra vencido el plazo bienal de prescripción para iniciar la acción por responsabilidad extracontractual (conf. art. 4037, Cód. Civil).

Dicho plazo no fue interrumpido, ni suspendido en ningún momento, puesto que la actora (como bien lo indica la demandada en su recurso de inconstitucionalidad) nunca logró demostrar que hubiera notificado fehacientemente a la CABA de la citación a mediación —tal como lo he sostenido en el considerando 2º de este voto—, y tampoco se aducen otras causales de suspensión o interrupción.

En virtud de ello, no quedan dudas de que la causa se encuentra prescripta. Esta certeza, atento su carácter notorio e indiscutible, justifica hacer una excepción al principio sentado por este Tribunal según el cual corresponde diferir el análisis de la excepción de prescripción rechazada por la Cámara, y proceder a su inmediato tratamiento.

De permitir en esta instancia que la causa (iniciada ya hace diez años) siga su curso, o mejor dicho, comience la discusión sobre el fondo, podrían transcurrir varios años más hasta que sea decidida la causa en forma definitiva por parte del juez de primera instancia, resuelta la eventual apelación por la Cámara, e interpuesto un posible recurso de inconstitucionalidad o apelación ordinaria por parte del GCBA, obviamente en caso de ser condenado a responder por los daños y perjuicios invocados por la actora. Recién en ese momento, y con motivo de intervenir en el recurso que se interponga contra la futura sentencia definitiva de la Cámara —o bien contra la denegatoria de dicho recurso—, este Tribunal podría pronunciarse acerca de la defensa de prescripción deducida por la demandada.

Como vemos, ello *i)* provocaría un enorme e inútil dispendio de actividad jurisdiccional, al dejar que se tramite un juicio inexorablemente perimido. Y también *ii)* se vería infringido el principio de seguridad jurídica, por la incertidumbre innecesaria —ya que puede ser despejada en esta oportunidad procesal— que generaría el resultado del proceso; *iii)* se afectaría el principio de tutela judicial efectiva, que exige que las causas sean resueltas en tiempo útil; y *iv)* causaría pérdida de tiempo y gastos causídicos superfluos a ambas partes. Para evitar esta situación, que compromete distintos principios y derechos de raigambre constitucional, estimo correspondiente declarar prescripta la acción en esta oportunidad procesal.

4. En virtud de lo anteriormente expuesto, voto por: *1)* admitir la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad y revocar la sentencia de la Cámara obrante a fs. 183/184 de los autos principales; *2)* hacer lugar a la excepción de prescripción opuesta por el GCBA, *3)* imponer las costas de todo el proceso a la actora, por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 62 CCAyT).

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 el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

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 - José O. Casás.*

XXVI

"DE PAOLI, SILVIA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'DE PAOLI, SILVIA C/GCBA S/EMPLEO PÚBLICO (NO CESANTÍA NI EXONERACIÓN)'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional. Interpretación de normas infraconstitucionales. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. EMPLEO PÚBLICO: Reencasillamiento. Principio *pro operari.* Derecho de defensa. Derecho de propiedad. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. El recurso de queja debe ser rechazado si no se acredita la existencia de una cuestión constitucional (conf. art. 113, inc. 3º) y la sentencia objeto del recurso encontró apoyo en la interpretación de normas locales no constitucionales como lo son los decretos; cuestión ajena, por regla, a la competencia de este Tribunal. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

2. Corresponde rechazar el recurso de queja si el recurrente no demuestra que la prueba que, en su opinión, la Cámara omitió tratar sea una que los jueces hayan tenido que analizar; o, en otros términos, una que tenga aptitud suficiente para modificar la decisión a la que arribó el *a quo*. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. Corresponde admitir el recurso de queja, que cumple con la carga de fundamentación prescripta por el art. 33 de la ley 402 ya que rebate las razones expuestas en el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad oportunamente deducido, formulando una crítica plausible del auto impugnado *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

4. El asunto que la recurrente trae a consideración del Tribunal remite a la operatividad del art. 14 bis de la C.N., o en otros términos a los alcances del principio *pro operari* que deriva del principio protectorio de raigambre constitucional que es una forma de garantía de igualdad entre quienes trabajan para el Estado y quienes lo hacen para empleadores particulares. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

5. Una hermenéutica que priorice la "discrecionalidad" de la Administración en perjuicio del trabajador es definitivamente contraria a la supremacía constitucional, de los principios que tutelan el trabajo, aún en materia de empleo público. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

6. La Cámara califica el reencasillamiento de la actora en términos de "equidad" y no como la doble afirmación de un derecho del trabajador/administrado y de un deber correlativo de la Administración respecto de él. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

7. La sentencia de Cámara afecta el derecho de defensa, porque no constituye una derivación del derecho positivo vigente ya que al inaplicar el principio protectorio —de claro alcance normativo y, por lo tanto, operativo— carece de fundabilidad y es

nula al infringir el sistema de fuentes (art. 27 inc. 4º del CCAyT). *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

8. La afectación del derecho de propiedad de la actora aparece nítida, desde que la falta del debido encasillamiento y la posterior corrección con efectos solo hacia el futuro, la privó en forma antijurídica de las diferencias salariales que le correspondían desde la entrada en vigencia del dec. 670/92 (1º/4/1992), por lo que corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. SACAyT nº 6737/09 - 10/3/2010

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. Silvia de Paoli inició una demanda por cobro de pesos contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante GCBA) "derivado de diferencias retroactivas e impagas por nulidad de encasillamiento durante el período transcurrido entre el 1/4/1992 y el 30/6/1994", más sus intereses y las costas del juicio (fs. 1/5 vta.).

Manifestó que fue encasillada por aplicación del dec. 670/92 a partir del 1/4/1992 "en un determinado nivel y grado" —que no indicó—, que interpuso contra ese decreto recursos dirigidos a que se declarara su nulidad y también contra los decs. 670/92, 671/92 y 677/92; que no fueron resueltos.

Agregó que el 8/6/1994 fue reencasillada —en la categoría en la que revistaba a la fecha de la demanda— por la Administración, a través de la disposición 178/DGRH/94, que dio aplicación al dec. 922/94, a partir del 1/7/1994. Afirmó que "[e]l dec. 922/94, fue dictado en base a los argumentos del planteo de nulidad efectuado, a fin de corregir el erróneo encasillamiento que realizó la demandada al 1º/4/1992, por aplicación del dec. 670/92, del personal que prestaba servicios, en funciones jurídicas, en el ámbito de la Procuración General" (fs. 2 y vta.).

A fs. 28/31, la actora precisó que pretendía la declaración de nulidad parcial del art. 1º del dec. 922/94 y de la resol. 178/DGRH/94 en cuanto modificó su situación de revista a partir del 1º/7/1994 y no, como hubiera correspondido, a partir del 1º/4/1992.

2. El juez de primera instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario no hizo lugar a la demanda, con costas (fs. 360/365 vta.). Consideró que: *a)* la parte actora no probó que fuera incorrectamente encasillada; *b)* tampoco cuestionó la legitimidad de las normas que rigieron el encasillamiento; *c)* no surge del dec. 922/94 la existencia de errores anteriores en el encasillamiento de los empleados profesionales que se desempeñaban en la Procuración General que esa norma viniera a

subsanar; *d)* la actora no acreditó la existencia de agentes que desempeñaran las mismas funciones que ella y que percibieran un salario superior.

3. La sentencia fue apelada por la actora (fs. 372/379 vta.). Sostuvo el recurrente que el juez de primera instancia omitió considerar las pruebas que dan cuenta que el dec. 922/94 hizo una corrección del reescalafonamiento efectuado por el dec. 670/92, por lo que debía considerarse retroactivo. Afirmó que las reuniones entre el señor procurador de la entonces Municipalidad local, representantes de la Unión Obreros y Empleados Municipales y de la Asociación de Abogados y Procuradores previas al dictado de este decreto debían considerarse como reconocimiento de deuda.

El GCBA contestó los agravios y solicitó el rechazo del recurso (fs. 384/388).

4. La Sala II de la Cámara CAyT, rechazó el recurso de apelación interpuesto por la actora y confirmó la sentencia de primera instancia. Impuso las costas de ambas instancias a la actora vencida (fs. 390/393). Para así decidir sostuvo que la ampliación efectuada mediante dec. 922/94 no implicó la aceptación de un encasillamiento erróneo, sino la instrumentación de una mejora de la situación salarial de algunos agentes que cumplían funciones profesionales, dispuesta por razones de equidad.

5. Contra esta decisión, la Sra. de Paoli interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 396/404 vta.), que fue contestado por el GCBA (fs. 409/418 vta.).

La actora sostuvo que el fallo omitió considerar que existía "un claro reconocimiento de la deuda por parte de la demandada, tanto en los actos administrativos producidos como en actuaciones paralelas llevadas a cabo entre las partes" (fs. 397) "[n]os estamos refiriendo a las actuaciones llevadas a cabo con fecha 12/5/1999 y ss. ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social..." (fs. 397 vta.). Insistió argumentativamente en que el GCBA reconoció la existencia de la deuda por mal encasillamiento originario al abrir la negociación con los agentes y sus representantes gremiales. Agregó que los fundamentos de equidad debían remontarse a la fecha de vigencia del dec. 670/92. Señaló que el fallo afecta sus derechos constitucionales de defensa en juicio y de propiedad. Asimismo, planteó la arbitrariedad del fallo recurrido.

6. La Cámara declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad. La Sala 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. En efecto, se trataron aspectos esencialmente vinculados a la relación laboral que une a las partes y a la naturaleza de los derechos instituidos por el dec. 922/94. En particular, para arribar a la solución adoptada fueron analizados los argumentos y pruebas aportadas en orden a determinar si el encasillamiento dispuesto por la normativa mencionada, significó una rectificación del régimen anterior, y se evaluó la procedencia del planteo de acuerdo a las normas, principios y reglas que regulan la relación de

empleo público y los derechos que establecen. Es decir, las tratadas fueron todas cuestiones relativas a la interpretación de las normas legales aplicables al caso, de naturaleza infraconstitucional, y la decisión adoptada aparece precedida de adecuada fundamentación. El recurrente, sin embargo, sostiene que la resolución que cuestiona constituye una afectación a la garantía de defensa en juicio y al derecho de propiedad. Pero, de acuerdo con lo señalado, las garantías y principios constitucionales genéricamente invocadas no guardan relación directa e inmediata con lo decidido; no se encuentran, en este caso, relacionadas en forma clara y precisa con la naturaleza de la decisión adoptada. Por su parte, la lectura de la sentencia refleja que el recurso sólo discute el acierto de las conclusiones a que ha arribado el tribunal sobre la base del contexto fáctico y jurídico, cuya existencia no fue controvertida. En definitiva, el recurso abunda en discrepancias respecto de la manera en que el tribunal valoró la prueba y la realidad judicial verificada, y no hace sino mencionar principios, derechos y garantías constitucionales, sin explicar el papel que éstos cumplen en el fallo atacado. En síntesis, la demandada no plantea en forma adecuada un caso constitucional, pues en aquellos pasajes en que intenta vincular sus agravios con normas constitucionales —locales o nacionales— lo hace en forma genérica y sin satisfacer el mínimo de explicación necesario para vincular las normas constitucionales que cita con las circunstancias de la causa. Así, no demuestra qué interpretación posible de las normas que menciona, colisiona y de qué manera con la hermenéutica de la sentencia en crisis" (fs. 420/421 vta.).

7. Frente al rechazo, la actora dedujo recurso de queja ante el Tribunal (fs. 1/12, expediente de queja).

8. El fiscal general adjunto, al contestar la vista que le fuera conferida, consideró que la recurrente no había expuesto un caso constitucional, más allá de su disconformidad con la sentencia (fs. 19/21).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La queja debe ser rechazada. La recurrente no ha acreditado la existencia de una cuestión constitucional (conf. art. 113, inc. 3º) en la presente causa.

2. La cuestión traída a conocimiento del TSJBA en esta causa es sustancialmente similar a la resuelta recientemente en los autos "Gentile, Marcelo José s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Gentile, Marcelo José c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 6259/08, sentencia del 17 de junio de 2009 y "García, Miriam Nora s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'García, Miriam Nora c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'" expte. nº 6500/09, sentencia del 28/10/2009.

La sentencia que se viene recurriendo, al igual que en las causas citadas, encontró apoyo en la interpretación de normas locales no constitucionales (conf. fs. 391/392 vta.), como lo son los decs. 670/92 y 922/94; cuestión ajena, por regla,

a la competencia de este Tribunal, sin que la recurrente haya logrado demostrar en el *sub lite* que corresponda hacer excepción a esa regla.

Tal como señaló el *a quo*, "…los jueces no están obligados a pronunciarse sobre todos los argumentos esgrimidos por las partes, ni a hacer referencia a la totalidad de las pruebas producidas, bastando que valoren las que sean 'conducentes' para la correcta composición del litigio" (fs. 391). En ese contexto, la recurrente no muestra que la prueba que afirma la Cámara omitió tratar (resoluciones, notas y proyectos de ley realizados por los Procuradores Generales de la ex Municipalidad durante los años 1994, 1995 y 1996 y negociaciones llevadas a cabo por los representantes de la Unión de Obreros y Empleados Municipales) sea una que, a la luz de la regla reseñada más arriba, los jueces hayan tenido que analizar; o, en otros términos, una que tenga aptitud suficiente para modificar la decisión a la que arribó el *a quo*.

Por las razones expuestas, y por lo concordantemente dictaminado por el fiscal general adjunto, voto por rechazar la queja de fs. 1/12.

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

Adherimos al voto de nuestro colega, el juez Luis Lozano.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Anticipo mi decisión en el sentido de que corresponde admitir el recurso directo (fs. 1/12 del expte. nº 6737) y hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad (fs. 396/404 vta. de los autos principales) que fueran interpuestos por Silvia De Paoli.

La solución que propicio coincide con la que adoptara en los precedentes "Gentile, Marcelo José s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Gentile, Marcelo José c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 6259/08, resolución del 17/7/2009 y "García, Miriam Nora s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'García, Miriam Nora c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 6500/09 resolución del 28/10/2009.

Recurso de queja

La presentación directa, oportunamente deducida, cumple con la carga de fundamentación prescripta por el art. 33 de la ley 402 ya que rebate las razones expuestas en el auto denegatorio de fs. 420/421 vta. de los autos principales.

La Sala II de la Cámara CAyT declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad con apoyo en las siguientes consideraciones:

i) La recurrente se limitó a invocar de manera genérica cláusulas constitucionales que omitió relacionar con el fallo en crisis.

ii) La impugnante solo manifestó su discrepancia con la Sala en materia de hechos, prueba e interpretación de normas locales sin llegar a demostrar que la decisión de fondo fuese arbitraria.

La quejosa destacó que en el recurso denegado no se limitó plantear una mera disconformidad con la solución adoptada y que el eje de su impugnación giró en torno a la afectación de derechos de índole constitucional (defensa en juicio y propiedad) por dos circunstancias: "…decidir la causa dejando de considerar (…) probanzas (…) demostrativas del reconocimiento de la deuda y que el (…) dec. [nº 922/94] (…) corrigió un grave vicio de encuadramiento de la actora en el [dec. 670/92]…", lo que torna procedente el reclamo por diferencias salariales (fs. 4 del expte. nº 6737).

La lectura del recurso directo permite advertir que De Paoli formuló una crítica plausible del auto impugnado por lo que es admisible y corresponde habilitar el análisis del recurso de inconstitucionalidad.

Recurso de inconstitucionalidad

1. Es oportuno recordar que Silvia De Paoli demandó al GCBA "…por cobro de pesos derivado de diferencias retroactivas e impagas (…) durante el período transcurrido entre el 1º/4/1992 y el 30/6/1994, reconocidas por el dec. 922/94 (…) con más sus intereses y costas" (fs. 1 de los autos principales).

En cumplimiento de lo prescripto en el art. 269 inc. 5º del CCAyT, la actora expuso el derecho en que fundó su demanda: el principio constitucional de igual remuneración por igual tarea.

Las sentencias dictadas en la causa rechazaron su pretensión.

2. En el recurso de inconstitucionalidad, la accionante sostuvo que a raíz de una arbitraria interpretación de las normas en juego (decs. 670/92 y 922/94), la Cámara convalidó la posición del GCBA que "…ha cercenado parte del salario durante el período que corre desde el 1º/4/1992 hasta el 1º/7/1994" (fs. 400 vta. de los autos principales).

El asunto que la recurrente trae a consideración del Tribunal remite a la operatividad del art. 14 bis de la C.N., o en otros términos a los alcances del principio *pro operari* que deriva del principio protectorio de raigambre constitucional.

Y, es desde la perspectiva constitucional aludida que corresponde analizar el sentido de un plexo de normas infraconstitucionales que tratan acerca del salario y de otras condiciones de trabajo de un agente (decs. 3544/91, 970/92 y 922/94) a fin de decidir si la accionante tiene derecho a las diferencias salariales que pretende.

Cabe señalar que la Cámara entendió que "…le asiste razón a la demandada, ya (…) que el dec. 922/94 en momento alguno hizo las veces de enmienda del anterior 670/92. Simplemente, por razones de equidad —actividad propia del Ejecutivo—, se ha ampliado otorgando un puntaje complementario a la norma citada a efectos de conceder al personal municipal una recomposición retributiva" (fs. 391 vta.).

Una hermenéutica que priorice la "discrecionalidad" de la Administración en perjuicio del trabajador es definitivamente contraria a la supremacía constitucional de los principios que tutelan el trabajo, aún en materia de empleo público.

La Cámara califica el reencasillamiento de la actora en términos de "equidad" y no como la doble afirmación de un derecho del trabajador/administrado y de un deber correlativo de la Administración respecto de él.

Considero necesario enfatizar, en casos como el de autos, que el principio *pro operari* es una forma de garantía de igualdad entre quienes trabajan para el Estado y quienes lo hacen para empleadores particulares.

La efectivización de esa regla importa respecto de la actora, el reconocimiento del imperativo legal y constitucional del Estado de darle un correcto encasillamiento acorde a sus tareas y responsabilidades como profesional integrante de la Procuración.

Ahora bien, la recurrente demostró la vinculación entre el dec. 922/94 y la normativa previa, en especial con el dec. 670/92 y exhibió que el dec. 922/94 se autodesigna como una ampliación del dec. 670/92, "…con lo que aquél asumió una función extensiva y de integración sin ninguna pretensión de autonomía…" (fs. 401 de los autos principales).

Asimismo, la actora demostró claramente cómo el dec. 922/94 vino a corregir un error original de encasillamiento que es precisamente la circunstancia que justifica el reclamo de las diferencias salariales.

En efecto, la recurrente dijo:

a) que el dec. 922/94 tuvo por objeto "regularizar" la situación de revista de los agentes que fuera establecida mediante el dec. 670/92.

b) que el nuevo decreto implicó la "…rectificación de un encuadre improcedente…" (fs. 400 vta.) ya que corrigió los defectos de reescalafonamiento del dec. 670/92 *a partir del 1º de julio de 1994* (art. 1º del dec. 922/94, el destacado me pertenece).

c) que con el dictado de la nueva normativa "…quedó parcialmente solucionado el conflicto, o sea desde el 1º de julio de 1994 en adelante, pero (…) no varió la situación desde el dictado de dec. 670/92 hasta la entrada en vigencia del dec. 922/94" (fs. 400 vta. de los autos principales).

d) que "…el encasillamiento dispuesto por el dec. 922/94 (…) solo puede ser entendido como sustitutivo del practicado anteriormente" (fs. 401 de los autos principales) pues, de lo contrario su parte "…quedaría en una situación escalafonaria indeterminada entre el 1º/4/1992 y el 1º/7/1994" (fs. 401 de los autos principales).

La sentencia de Cámara afecta el derecho de defensa, porque no constituye una derivación del derecho positivo vigente ya que al inaplicar el principio protectorio –de claro alcance normativo y, por lo tanto, operativo– carece de fundabilidad y es nula al infringir el sistema de fuentes (art. 27 inc. 4º del CCAyT).

Del mismo modo, aparece nítida la afectación del derecho de propiedad de la actora: la falta del debido encasillamiento y la posterior corrección con efectos solo hacia el futuro, la privó en forma antijurídica de las diferencias que le correspondían desde la entrada en vigencia del dec. 670/92 (1º/4/1992).

3. En atención al sentido de mi voto, es insustancial que me expida sobre los restantes agravios del recurso de inconstitucionalidad.

4. En consecuencia, voto por: *a)* admitir la queja, *b)* hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, *c)* revocar las sentencias de primera y segunda instancia (fs. 360/365 vta. y fs. 390/393 de los autos principales, respectivamente), *d)* hacer lugar a la acción promovida por Silvia De Paoli y *e)* imponer las costas al GCBA.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja planteado por Silvia de Paoli.

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 - José O. Casás.*

XXVII

"LISKOWICZ, LILIANA INÉS C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

AMPARO. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Caso constitucional. EMPLEO PÚBLICO: Derecho a la carrera. CATEGORÍAS SOSPECHOSAS: Calificación de "jubilable". Distinción de trato. Mujeres mayores de 57 años. Principio de igualdad. Estatuto del docente. Concursos. Edad jubilatoria.

SUMARIOS:

1. La actora logra articular un caso constitucional (art. 27 de la ley 402) fundado en el principio de no discriminación (arts. 11 y 38 de la CCBA, 14 bis y 16 de la C.N., 11 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales) y en el derecho a la carrera en el régimen del empleo público en condiciones de igualdad (arts. 11 y 43 de la CCBA). *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. La interpretación del art. 11 de la CCBA puede hacerse a partir de la doctrina de las clasificaciones 'sospechosas' la cual no desconoce la facultad que, en principio, los poderes políticos tienen para trazar distinciones legales entre categorías de personas cuando ello resulte conveniente a efectos de llevar adelante objetivos legales legítimos, presumiéndose la constitucionalidad de la norma sancionada de

conformidad con las formas prescritas para ello. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. Desde el punto de vista del control judicial de constitucionalidad, corresponde al Estado explicitar las razones concretas por las cuales acudió a la clasificación sospechosa cuestionada para establecer la distinción que se objeta, y a falta de demostración suficiente de su parte, la presunción de ilegitimidad queda confirmada y la norma no supera el examen de constitucionalidad. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

4. El Estado tiene la carga de demostrar que el empleo de la clasificación 'sospechosa' es estrictamente necesario para el cumplimiento de un fin legítimo y que no disponía de otro medio menos gravoso. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

5. Se debe hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, si el Estado, a lo largo del proceso, no logró justificar el empleo de la clasificación sospechosa para efectuar una distinción de trato que excluye a un grupo de personas —a las mujeres mayores de 57 años— de la posibilidad de lograr ascensos, traslados y cargos en la carrera docente; y sus alegaciones, todas ellas de una manifiesta generalidad, no pudieron demostrar que para alcanzar el fin propuesto la opción elegida fuera la única posible, o en todo caso, la menos lesiva de los derechos cuya afectación se invoca. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

6. La sola referencia que efectúa la demandada a la letra de los arts. 14, inc. d) y 27, inc. e) del Estatuto Docente y su interpretación como un impedimento objetivo, preexistente y general no resulta suficiente para conocer cuáles son los fundamentos pedagógicos —o de otra índole— que permitirían válidamente al Gobierno "congelar" el derecho a la carrera de la amparista aún varios años antes de que ella llegue a la edad en la cual debe jubilarse según el régimen legal aplicable, aunque se compruebe que cumple con el recaudo de idoneidad exigido a nivel constitucional para resultar admisible en el empleo. *(Voto del señor juez José O. Casás. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Ana María Conde).*

7. La calificación de "jubilable" que puede realizarse con relación a una persona que posee la edad para optar por el beneficio jubilatorio y la antigüedad requerida no parece ser, por sí sola, merecedora de reproche constitucional alguno; sí lo son los efectos jurídicos que el GCBA pretende desprender de ella, sin brindar mayor respaldo que la remisión mecánica y con carácter general al texto del Estatuto Docente*. (Voto del señor juez José O. Casás).*

8. Poco importa para validar la limitación al ejercicio del derecho a la carrera garantizado por el art. 43 de la Constitución de la Ciudad cuál es la edad jubilatoria o si ya ha reunido los demás requisitos para acceder a tal beneficio, incluso aunque sea cierto que la actora no pueda mejorar su haber de retiro, pero tales razones no son suficientes para impedirle participar en concursos o estar en condiciones de ser promovida. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

9. La cuestión no debe centrarse en la futura jubilación sino en la situación laboral presente de la actora, que es una docente que reviste en calidad de activa, y que tiene derecho a mejorar sus condiciones de trabajo, salario, grado, etcétera, hasta que ella decida jubilarse, o se encuentre en condiciones de ser obligada por

su empleador (el Estado local) a iniciar los trámites. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

10. La clasificación de la actora como "jubilable" dispuesta por la Administración en los distintos listados a los que se hace referencia en este proceso no puede ser óbice para sus eventuales traslados, ascensos y/o nombramientos en interinatos o suplencias hasta el momento en que pueda ser compelida por el Estado local empleador a iniciar sus trámites jubilatorios o decida voluntariamente hacerlo. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

11. El art. 27 del Estatuto del Docente resulta igualitario, debido a que quienes ahora están en la condición que la actora estima desventajosa, estuvieron, previamente, dentro del grupo de los beneficiarios, cuando no cumplían los requisitos para obtener el beneficio jubilatorio, pero, veían aumentada sus chances en concursos por no entrar en competencia con los más antiguos en condiciones de jubilarse. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano)*.

12. El art. 27 del Estatuto del Docente por una parte, reserva los cargos y ascensos para quienes tienen más posibilidades de permanecer en ellos por más tiempo, los más jóvenes, y por la otra, evita que la permanencia de aquellos que podrían jubilarse redunde no solamente en un impedimento para que otros ocupen su cargo sino en una disminución de las chances de los más jóvenes en los concursos. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

13. La distinción que se deriva de la distinta edad jubilatoria para hombres y mujeres no puede ser considerara válida ni puede presumirse como constitucionalmente aceptable, toda vez que las razones que pudieron inspirarla no resultan evidentes, no surgen de las normas que la sustenta ni fueron aportados por el Estado emisor a lo largo de este proceso. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

14. El hecho de que se les otorgue el beneficio de poder acceder en una edad más temprana a la jubilación, no puede vedar su posibilidad de continuar dentro de la carrera (docente, en el caso) o de participar de concursos u obtener ascensos o nuevos cargos en una edad distinta a la de los trabajadores de sexo masculino. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano)*.

Expte. SACAyT nº 6859/09 - 10/3/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Liliana Inés Liskowicz, docente dependiente del Ministerio de Educación del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante: GCBA), inició una acción de amparo contra el Estado local para que se deje sin efecto la clasificación de "jubilable" o "JB", con la que es designada en los diversos listados de aspirantes a cargos docentes (fs. 1/6).

El GCBA contestó la demanda y se opuso a su tramitación por vía de amparo y a su procedencia sustancial (fs. 90/94 vta.).

La sentencia de primera instancia falló: "*I.* Haciendo lugar a la acción de amparo promovida por la Sra. Liliana Inés Liskowicz y, en consecuencia, ordenando a la demandada que, en el plazo de cinco (5) días deje sin efecto la indicación de "JB", en las planillas de aspirantes en cuestión, relativas al ciclo lectivo 2008 y en los sucesivos que se elaboren hasta la edad de 65 años.// *II.* Imponiendo las costas a la parte vencida (art. 62 del CCAyT)..." (fs. 104/107 vta.).

2. El GCBA apeló la sentencia (fs. 114/123). La actora contestó los agravios (fs. 130/135 vta.).

La Sala II de la Cámara CAyT resolvió "1. Admitir los agravios y, por ende, rechazar la acción intentada. 2. Sin costas (art. 14, CCBA)..." (fs. 142/143). Tuvo en cuenta, al fundar su decisión, que el régimen jubilatorio para los docentes establecido por la ley 24.016 se mantiene plenamente vigente, por lo que la edad jubilatoria para las mujeres es de 57 años. Por ende, no consideró que el sistema aplicable a la amparista conlleve una "… lesión a la garantía de igualdad entre la actora y sus colegas. Ello es así por cuanto desde antiguo el Alto Tribunal entendió que el principio de igualdad importa un trato igualitario en similares circunstancias…". A ello agregó que "… de los extremos allegados a la causa, no resulta que la norma general en la que se funda el proceder de la administración de catalogar a la actora como 'jubilable' encubra un proceder arbitrario o un trato discriminatorio en relación a sus colegas que importe una afectación a derechos y garantías constitucionales…".

3. La actora interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 145/153 vta.). Desarrolló agravios referidos a la lesión que el fallo inflige a las previsiones de los arts. 14 bis, 16 y 75, inc. 22 de la C.N. ; 11 punto 1) incs. b), c), d) y e) de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (ratificada por Ley 23.719 y de jerarquía constitucional conforme art. 75 inc. 22 de la C.N.); 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 11, 38 y 43 de la Constitución de la Ciudad; y el Capítulo XII del Estatuto Docente de la Ciudad de Buenos Aires. También lo consideró arbitrario.

El GCBA contestó el traslado y se opuso a su admisibilidad y procedencia (fs. 159/164 vta.).

La Cámara concedió el recurso de inconstitucionalidad, excepto en lo que se refiere a la invocación de la doctrina de arbitrariedad (fs. 166/167).

4. Requerido su dictamen, el señor fiscal general adjunto consideró que el recurso fue mal concedido por la Cámara ya que "los agravios sostenidos son puramente genéricos y demuestran una mera disconformidad con lo decidido por la sentencia de Cámara, sin demostrar por qué, la decisión a la que arriban, es contraria a las normas contenidas en las constituciones nacional y de la Ciudad, que enumera en el recurso". Para el fiscal, la impugnación de la sentencia cuestiona la interpretación dada por la Cámara a la ley 24.016, pero no demuestra la vincula-

ción de lo decidido con la discriminación y afectación del derecho a la igualdad de oportunidades que manifiesta padecer (fs. 176/178).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La cuestión que aquí se debate es sustancialmente análoga a la que se planteara en los autos "Zdanevicius, Luisa Laimute c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 6749/09, sentencia de fecha 25/11/2009.

Cabe reiterar, por tanto, los argumentos que desarrollé al expedirme en el precedente aludido.

2. El recurso planteado por la Sra. Liliana Inés Liskowicz fue correctamente concedido por la alzada pues la parte actora pretende que el Tribunal decida si la categoría "jubilable" o "JB", con la que es señalada en diversos listados anuales de calificaciones docentes, afecta las pautas constitucionales referidas a la igualdad de oportunidades y a la no discriminación (arts. 11, CCBA y 16, C.N.). Según el GCBA, esa calificación encuentra sustento en el art. 27 inc. e) del Estatuto Docente que restringe la posibilidad de participar de concursos de quienes se "hallen en condiciones de acceder a la jubilación ordinaria". A su vez, la actora también se agravia de que las distintas edades jubilatorias para hombres y mujeres importen, cuando se conjugan con el mencionado artículo del Estatuto, una afectación de la igualdad. Ello debido a que, al ser menor la edad jubilatoria de las mujeres, éstas verían vedada su posibilidad de progresar en la carrera docente en forma previa a los hombres en idénticas condiciones.

Además de esos planteos constitucionales que viene realizando desde el inicio de las actuaciones, la actora se agravia porque entiende que la Cámara no resolvió las cuestiones por ella propuestas. En ese sentido el recurrente sostiene que "*…nada, absolutamente nada que ver tiene ni la doctrina del fallo 'Gemelli' dictado por nuestra CSJN, ni la cuestión de cuál ley es aplicable al régimen jubilatorio docente*, con relación al objeto del amparo" (fs. 145 vta.; el original con mayúsculas).

3. Corresponde señalar que, a los efectos de resolver el recurso de inconstitucionalidad concedido en forma parcial por la Cámara, la invocada arbitrariedad de la sentencia impugnada aparece inescindiblemente unida a aquellos agravios constitucionales por los que se admitió la apelación y, en consecuencia, integra el ámbito de revisión que el recurso propone a este Tribunal (mi voto *in re* "Signes, Hugo Raúl c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4448/05, sentencia del 6/6/2006, entre otros y, *mutatis mutandi*, *Fallos,* 295:636; 307:493 y 308:1076, entre otros).

4. Preliminarmente, cabe mencionar que asiste razón a la recurrente, en cuanto alega que sus planteos sobre la constitucionalidad de la imposibilidad de

participar en concursos con sustento en la garantía de la igualdad no han sido adecuadamente tratados por el *a quo*. En la sentencia de fs. 142/143, la Cámara se limitó a sostener que era aplicable al caso la doctrina de la CSJN en el precedente "Gemelli" (*Fallos,* 328:2829) y que "…de los extremos allegados a la causa, no resulta que la norma general en la que se funda el proceder de la administración de catalogar a la actora como 'jubilable' encubra un proceder arbitrario o un trato discriminatorio en relación a sus colegas que importe una afectación a derechos y garantías constitucionales…" (fs. 143).

5. En mi voto *in re* "Urbano, Antonio c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 4973/06, sentencia del 6/11/2007, sostuve que "...cuando está en juego el derecho a la igualdad, el contenido propio del juicio de razonabilidad y proporcionalidad encuentra su eje en la presunción de consentimiento. La finalidad perseguida por la norma así como la proporción entre los medios seleccionados para lograrla, confluyen como datos relevantes pero incardinados bajo el ámbito propio de la garantía de la igualdad, presidido por la noción de consentimiento atribuible al sujeto pasivo. Así, lo que debe ser razonable y proporcionado no son los fines y medios que seleccionó el legislador considerados en general, sino tomados como elementos para medir si es posible presumir el consentimiento del destinatario para legitimar la imposición dispuesta por el órgano depositario de la voluntad popular. El escrutinio de razonabilidad y proporcionalidad utilizado en sede judicial como herramienta de control ha implicado, ciertamente, un avance tanto en los sistemas de carácter subjetivo (v. gr. difuso) como objetivo (v. gr. abstractos); su generalización, sin embargo, le ha hecho perder el contenido y explicación específica que inspiró su elaboración.// En línea con lo anterior, es sencillo comprender por qué no cabe presumir el consentimiento aludido cuando el legislador utiliza una de las denominadas categorías sospechosas. Precisamente, en tales supuestos, como no resulta posible asumir que la ley opera bajo el halo del consentimiento inicial de los destinatarios, es la autoridad pública la que debe demostrar los motivos por los que un régimen dado podría dispensar un trato diverso que suponga imponer cargas o privar de beneficios a grupos definidos, por ejemplo, a partir de la religión que profesan o su origen étnico y, pese a ello, ser constitucionalmente válido. A la inversión de la carga probatoria se suma un control riguroso de los fundamentos dados en defensa de la norma, que deberá exhibir una relación directamente proporcional entre la restricción que consagra y el interés público en cuya protección declara obrar el legislador.// La presunción de consentimiento opera como pauta objetiva para instrumentar el control de la cláusula de igualdad. Establecer si esa pauta se verifica, para determinar la validez de una norma, depende de un juicio empírico. En cambio, el control de razonabilidad desligado de referencias concretas, remite a una noción más bien inasible y tan variable como la cantidad de operadores que formulen el control. Frente a supuestos que involucran la protección que acuerdan los arts. 11 de la CCBA y 16 de la C.N., entonces, el contenido específico del test de razonabilidad reposa en la presunción de consentimiento tal como fue explicada".

6. Toca analizar entonces, a la luz de los conceptos transcriptos, las impugnaciones que, con sustento en la garantía de la igualdad, plantea la actora al Estatuto Docente.

En cuanto a la distinción que realiza la norma entre aquellas personas que se "hallen en condiciones de acceder a la jubilación ordinaria" y aquellas que no se encuentran en esa situación, la actora no logra demostrar que la diferencia carezca de todo sustento. Es decir, no demuestra que la norma sea repugnante a la luz de los arts. 11 de CCBA y 16 de la C.N. El precepto impugnado suprime de la competencia a todos por igual aunque en una edad en la que probablemente alcanzan mayores antecedentes en razón del mayor lapso de actuación. De ese modo, por una parte, reserva los cargos y ascensos para quienes tienen más posibilidades de permanecer en ellos por más tiempo, los más jóvenes. Por la otra, evita que la permanencia de aquellos que podrían jubilarse redunde no solamente en un impedimento para que otros ocupen su cargo sino en una disminución de las chances de los más jóvenes en los concursos. Conviene recordar que, en este último aspecto, esa norma resulta igualitaria, debido a que quienes ahora están en la condición que la actora estima desventajosa, estuvieron, previamente, dentro del grupo de los beneficiarios, cuando no cumplían los requisitos para obtener el beneficio jubilatorio, pero, veían aumentada sus chances en concursos por no entrar en competencia con los más antiguos en condiciones de jubilarse. En tales condiciones, el régimen no puede examinarse tan sólo en uno de sus efectos sino contemplando la totalidad de ellos.

A ello cabe agregar que la actora no tacha de inconstitucionales las normas que permiten a su empleador, GCBA, exigir que se acoja al beneficio jubilatorio (art. 34 del Estatuto Docente), normas que, por lo demás, encuentran correlato en la mayoría de la legislación comparada, al menos, dentro de nuestro país (por ejemplo, art. 252 de la nacional 20.744). En ese marco, no puede considerarse inconstitucional que con carácter genérico se limite la posibilidad de concursar cuando el GCBA tendría la posibilidad de obligar a la actora a abandonar sus tareas y obtener el beneficio jubilatorio.

Tampoco se agravia de que el art. 4º de la ley nacional 24.016 establece que el porcentaje correspondiente al haber jubilatorio se computará con base en "…la remuneración actualizada del cargo de la mayor jerarquía que hubiera desempeñado por su carrera docente por un lapso no inferior a veinticuatro (24) meses como titular, interino o suplente…", lo que restringe considerablemente las posibilidades de que quienes han llegado a la edad jubilatoria, aún accediendo a un ascenso o nuevo cargo, puedan aumentar su futuro haber previsional.

7. En cambio, la distinción que se deriva de la distinta edad jubilatoria para hombres y mujeres no puede ser considerara válida a la luz de los conceptos vertidos en mi voto *in re* "Urbano". No puede presumirse como constitucionalmente aceptable, toda vez que las razones que pudieron inspirarla no resultan evidentes, no surgen de las normas que la sustenta ni fueron aportados por el Estado emisor a lo largo de este proceso.

De una norma que, según vale presumir, busca realizar una discriminación positiva, no puede luego derivarse la situación contraria. En el caso, de los regímenes que permiten a las mujeres obtener el beneficio jubilatorio antes que a los hombres no puede ponerlas en una situación desventajosa que carece de relación justificable con la mitigación del requisito de edad mínima, especialmente cuando quien busca continuar concursando, por hipótesis, no accede a la jubilación a esa menor edad. El hecho de que se les otorgue el beneficio de poder acceder en una edad más temprana a la jubilación, no puede, entonces, vedar su posibilidad de continuar dentro de la carrera (docente, en el caso) o de participar de concursos u obtener ascensos o nuevos cargos en una edad distinta a la de los trabajadores de sexo masculino.

8. Sin perjuicio de lo antedicho y de que el Tribunal no ha sido convocado a expedirse sobre el punto, cabe hacer una aclaración sobre el tipo de pretensión que ha sido ventilada en el *sub judice*. La presente acción fue iniciada "…con el fin de que se deje sin efecto la clasificación en la categoría de "jubilable" (JB) con la que se me designa…" en los listados anuales de calificación de docentes de 2007 y sucesivos (fs. 1/1 vta.). De las constancias obrantes en las actuaciones no surge que se le haya vedado a la actora la participación en algún concurso o que se haya llamado a cubrir un cargo al que pudiera aspirar la recurrente. Aun cuando —y sin emitir opinión sobre el punto— esa pretensión pudo haber sido objeto de una acción declarativa (arts. 277 y ss. del CCAyT), lo cierto es que la actora la canalizó mediante un proceso de amparo, proceso para el que pretensiones de esa especie resultan ajenas, como principio, toda vez que tampoco ha alegado la actora que la forma y plazos con que son desarrollados los concursos le hubieran impedido obtener un pronunciamiento útil sobre la cuestión (conf. "Gottschau, Evelyn Patrizia c/Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo s/recurso de queja", expte. nº 361/00, sentencia del 11/4/2007; *Fallos,* 316:479 y 318:819, entre otros; y el precedente norteamericano "Roe vs. Wade", 410 U.S. 113).

La forma en que resolvió la Cámara dio lugar a que ésta soslayara la determinación precisa del alcance de la pretensión de la actora. En este contexto, será tarea de los jueces de mérito, al dictar un nuevo pronunciamiento de acuerdo con las pautas establecidas en este fallo, establecer los alcances de la pretensión y de su pronunciamiento, de acuerdo con los límites del art. 106 de la CCBA.

Por las razones expuestas voto por hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad planteado por la Sra. Liliana Inés Liskowicz, revocar el fallo de Cámara y devolver la causa para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a las pautas aquí establecidas. Con costas a la vencida.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad que interpusiera oportunamente Liliana Inés Liskowicz (fs. 145/153 vta.), y que fuera parcialmente concedido por la Sala II de la Cámara CAyT, debe ser admitido.

2. La presente causa es análoga a los autos "Zdanevicius, Luisa Laimute c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 6749, resolución del 25/11/2009.

Las razones que expusiera en el precedente indicado, a las que me remito en honor a la brevedad, son enteramente aplicables a la situación de autos y justifican mi decisión de admitir el recurso de inconstitucionalidad de Liliana Inés Liskowicz.

3. En consecuencia, voto por: *a)* hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad que dedujera Liliana Inés Liskowicz (fs. 145/153 vta.), *b)* revocar la sentencia que dictara la Sala II de la Cámara CAyT (fs. 142/143), *c)* admitir la acción de amparo y *d)* imponer las costas al GCBA.

El juez José O. Casás dijo:

1. El recurso planteado por la actora fue correctamente concedido por la alzada, pues se pretende que el Tribunal decida si la categoría "jubilable", con la que es señalada en diversos listados anuales de calificaciones docentes, afecta las pautas constitucionales referidas a la igualdad de oportunidades y a la no discriminación.

2. Al igual que lo expresara en una causa sustancialmente análoga a la presente [conf. este Tribunal *in re* "Zdanevicius, Luisa Laimute c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 6749/09, sentencia del 25/11/2009], desde mi punto de vista, la limitación que el GCBA ha impuesto a la actora en el caso concreto no tiene sustento válido; o mejor dicho, el GCBA no ha demostrado que lo tenga cuando le correspondía hacerlo.

Como sostuvo el Tribunal en el precedente "Sandez, Carlos Armando c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo s/recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 482/00, sentencia del 29/11/2000 (en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. II, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 417 y ss.), la cláusula constitucional invocada por la recurrente, art. 11, CCBA, establece lo siguiente: "Todas las personas tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley. Se reconoce y garantiza el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, *edad*, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica *o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción y menoscabo*. La Ciudad promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad" —el destacado ha sido añadido—. Sobre la base del precepto constitucional antes citado, se concluyó en aquel caso que: "A la edad, en cuanto cualidad de las personas físicas, el orden jurídico le atribuye diversos efectos jurídicos cuya validez constitucional depende en cada caso de su razonabilidad. Así, por ejemplo, la edad incide *prima facie* de manera razonable en cuanto al ejercicio de los derechos políticos (art. 1º, ley 19.945) o a la atribución de la capacidad civil (arts. 31, 52 y concs., CC).// Se encuentra prohibido,

en cambio, efectuar distinciones irrazonables, es decir aquellas que importen una discriminación o una segregación.// Lo dicho significa que debe evaluarse, en cada caso concreto, cuáles son las razones que justifican la distinción, las que deben necesariamente ser aportadas por el órgano estatal que crea la regla que la incluye".

3. La sola referencia que efectúa la demandada en este caso a la letra de los arts. 14, inc. d) y 27, inc. e) del Estatuto Docente y su interpretación como un impedimento objetivos (*sic*), preexistente y general (conf. fs. 93) no resulta suficiente para conocer cuáles son los fundamentos pedagógicos —o de otra índole— que permitirían válidamente al Gobierno "congelar" el derecho a la carrera de la amparista aún varios años antes de que ella llegue a la edad en la cual debe jubilarse según el régimen legal aplicable, aunque se compruebe que cumple con el recaudo de idoneidad exigido a nivel constitucional para resultar admisible en el empleo. Vale aclarar que antes de esa edad, concretamente a partir de los 57 años, las mujeres pueden jubilarse si además cuentan con los años de antigüedad pertinentes, pero el Estado no puede obligarlas. Con lo cual, si bien la calificación de "jubilable" que puede realizarse con relación a una persona que posee la edad para optar por el beneficio jubilatorio y la antigüedad requerida no parece ser, por sí sola, merecedora de reproche constitucional alguno, sí lo son los efectos jurídicos que el GCBA pretende desprender de ella, como se dijo, sin brindar mayor respaldo que la remisión mecánica y con carácter general al texto del Estatuto Docente, al menos en este caso concreto.

Poco importa para validar la limitación al ejercicio del derecho a la carrera garantizado por el art. 43 de la Constitución de la Ciudad cuál es la edad jubilatoria o si ya ha reunido los demás requisitos para acceder a tal beneficio, incluso aunque sea cierto que la actora no pueda mejorar su haber de retiro —cuestión que no ha sido dilucidada en autos—. Pero tales razones no son suficientes para impedirle participar en concursos o estar en condiciones de ser promovida. La cuestión no debe centrarse en su futura jubilación sino en su situación laboral presente: la actora es una docente que reviste en calidad de activa, y que tiene derecho a mejorar sus condiciones de trabajo, salario, grado, etcétera, hasta que ella decida jubilarse, o se encuentre en condiciones de ser obligada por su empleador (el Estado local) a iniciar los trámites.

Resta añadir que las afirmaciones precedentes no implican desconocer la atribución constitucional que posee la Legislatura para reglamentar fundadamente, y dentro del marco que proporciona la Constitución de la Ciudad, todo lo referente al acceso y progreso en la carrera docente en cuanto a los requisitos de idoneidad profesional, intelectual, técnica, psicofísica o moral que deben presentar los postulantes. Asimismo, vale recordar también que la realidad demuestra que existen determinados supuestos en los que la edad en sí misma, y no la ley que consagra la restricción, se convierte en un límite objetivo para poder desplegar actividades que requieren plenitud física, propia de la juventud (CSJN, *in re* "Liliana Inés Belfiore c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", sentencia del 18/9/1986, *Fallos,*

308:1726), según lo expusiera en mi voto al decidirse la causa "Salgado, Graciela Beatriz c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 826/01, sentencia del 21/11/2001 (en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. III, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 679 y ss.).

4. Por último, cabe agregar que, si se tiene en cuenta la finalidad preventiva que persigue la actora con esta acción al objetar desde una perspectiva constitucional la interpretación de una norma —art. 27, inc. e) del Estatuto Docente— que el propio GCBA parece haber considerado autoaplicativa —al no haber dictado un acto administrativo para calificar a la amparista como "jubilable" en sus listados y proyectar a continuación los efectos jurídicos que se reputan lesivos—, en mi concepto, resulta innecesario —y podría llegar a conspirar contra la operatividad de la vía— hacer aguardar a la interesada para iniciar un juicio recién cuando ella intente efectivamente participar de algún concurso docente a realizarse en el futuro o mejorar su situación de revista a partir de los ofrecimientos que pueda llegar a efectuar la autoridad administrativa mediante los procedimientos usuales —que vale aclarar son ciertamente ágiles.

Por las razones expuestas, corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad planteado, dejar sin efecto la sentencia de la Cámara y confirmar lo decidido en primera instancia, en punto a que la clasificación de la actora como "jubilable" dispuesta por la Administración en los distintos listados a los que se hace referencia en este proceso no puede ser óbice para sus eventuales traslados, ascensos y/o nombramientos en interinatos o suplencias hasta el momento en que pueda ser compelida por el Estado local empleador a iniciar sus trámites jubilatorios o decida voluntariamente hacerlo. Con costas a la vencida.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Coincido con la solución propuesta por el Dr. Casás, toda vez que la calificación de la actora como "jubilable", en tanto constituye un impedimento para sus eventuales traslados, designaciones interinas y ascensos, afecta las garantías constitucionales de igualdad y no discriminación; y el GCBA no logró demostrar, en el caso, el sustento válido de la limitación que impuso a la actora.

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 Liliana Inés Liskowicz.

2º. *Revocar* la sentencia de la Sala II de la Cámara CAyT y hacer lugar a la demanda de la actora, con el alcance señalado en los fundamentos concurrentes de los votos que conforman la mayoría.

3º. *Imponer* las costas a la vencida.

4º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

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

XXVIII

"MINISTERIO PÚBLICO —FISCALÍA ANTE LA CÁMARA DE APELACIONES CON COMPETENCIA EN LO PENAL, CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'LILLJEDAHL, JAN S/INFR. ART(S). 149 BIS —AMENAZAS— C.P. (P/LEY 2303)'"

RECURSO DE QUEJA: Interposición extemporánea. Feria judicial.

SUMARIO:

1. Los días declarados feria judicial por el Consejo de la Magistratura para los fueros habilitados en la jurisdicción local, no abarcan al Tribunal Superior de Justicia, ya que de acuerdo con la asignación de competencias que la Constitución efectúa entre los órganos que gobiernan el Poder Judicial de la Ciudad, sólo este Tribunal tiene atribuciones para disponer sus períodos inhábiles por cualquier causa que no provenga de una disposición legal, de modo que esos días deben considerarse hábiles a los efectos del cómputo del plazo de interposición del recurso de queja. *(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. SAPCyF nº 6853/09 - 10/3/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El señor fiscal ante la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 66/81) contra el fallo de ese

tribunal que, en lo sustancial, concedió la suspensión del juicio a prueba, a pesar de la oposición del Ministerio Público Fiscal.

2. Denegada la concesión del recurso por el tribunal de alzada, el fiscal planteó ante el Tribunal el recurso de queja de fs. 82/98 vta.

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

La queja debe ser desestimada pues fue planteada tardíamente.

Surge de las actuaciones acompañadas que el fiscal de Cámara fue notificado el 29/10/2009 (fs. 65) y que el escrito fue presentado ante la Mesa de Entradas del Tribunal el 9/11/2009, a las 14.57 hs. (véase cargo de fs. 98 vta.).

Se constata, entonces, que el escrito fue presentado el séptimo día hábil posterior a la notificación, habiendo vencido el plazo de 5 días que confiere el art. 33 de la ley 402 para la interposición del recurso de queja.

Si bien el recurrente no expresa razón alguna para justificar su retraso, es de público y notorio conocimiento que los días 2 y 3 de noviembre fueron declarados feria judicial por el Consejo de la Magistratura para los fueros habilitados en la jurisdicción local. Tal feria no abarca al Tribunal ya que de acuerdo con la asignación de competencias que la Constitución efectúa entre los órganos que gobiernan el Poder Judicial de la Ciudad, sólo este Tribunal tiene atribuciones para disponer sus períodos inhábiles por cualquier causa que no provenga de una disposición legal. En consecuencia los días 2 y 3 de noviembre deben considerarse hábiles a los efectos del cómputo del plazo de interposición de la queja.

Por las razones expuestas, voto por declarar inadmisible la queja interpuesta a fs. 82/98 vta.

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

Adherimos al voto de la señora jueza de trámite, Dra. Alicia E. C. Ruiz.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* inadmisible el recurso de queja interpuesto.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan estas actuaciones a la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

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

XXIX

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'PÁEZ, VERÓNICA DE LAS NIEVES S/INF. ART. 81, CC, OFERTA Y DEMANDA DE SEXO EN ESPACIOS PÚBLICOS'"

RECURSO DE QUEJA: Sentencia definitiva.
SUSPENSIÓN DEL PROCESO A PRUEBA: Revocación.
Interpretación de normas procesales. Derecho de defensa.

SUMARIOS:

1. El pronunciamiento que origina esta queja, en tanto confirmó la decisión que había revocado la suspensión del proceso a prueba provoca, como consecuencia natural, la continuación del proceso según sus cauces normales, por lo que no configura una sentencia definitiva a los fines del recurso de inconstitucionalidad, y la recurrente tampoco acredita un supuesto de equiparación porque se limita a enunciar una discrepancia acerca de cuestiones estrictamente procesales. *(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 esgrimidos en las piezas recursivas, sólo expresan discrepancias con la inteligencia que los jueces de mérito otorgaron a los recaudos que exige la normativa que regula el procedimiento en torno a la suspensión del proceso a prueba (v. gr. aspectos procesales vinculados con el art. 45 del CC), cuestión interpretativa cuya revisión no suscita, por sí, la competencia del Tribunal en la vía intentada. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. La defensa no explica por qué la invocada afectación del derecho de defensa podría imputarse a la resolución que revocó la suspensión del juicio a prueba cuando, aquella se limitó a solicitar la celebración de la audiencia sin ensayar una explicación para el incumplimiento ni articuló ningún tipo de defensa, a la vez que tampoco muestra por qué las presentaciones a las que aludió el *a quo* resultarían un mecanismo insuficiente para el pleno ejercicio del derecho de defensa que le acuerdan los arts. 13 CCBA y 18 C.N. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. La defensa de la recurrente omitió exponer en sus presentaciones, siquiera someramente, el tenor de los planteos que pretendía exponer oralmente a los jueces de mérito para intentar justificar el incumplimiento que motivó la revocatoria de la suspensión del proceso a prueba. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

5. La suspensión del proceso a prueba en materia contravencional está regulada en el art. 45, CC, que sin embargo, no establece los pasos a seguir en caso de incumplimiento de las reglas de conducta por parte del imputado y tampoco lo hace la LPC. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

6. El CPP CABA, en su art. 311, establece que en caso de incumplimiento o inobservancia de las condiciones, imposiciones o instrucciones, se comunicará al tribunal que otorgó la suspensión del proceso a prueba, que previa audiencia con

el/la imputado/a, resolverse acerca de la revocatoria o subsistencia del beneficio. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

7. Según el art. 6º, LPC, se aplican supletoriamente las disposiciones del Código Procesal Penal que rige en la Ciudad de Buenos Aires en todo cuanto no se opongan a las disposiciones de dicha ley, y el art. 311 no se opone al texto de la LPC —que no prevé nada al respecto— ni a la regulación prevista en el CC, art. 45, y por el contrario, se puede incluso afirmar que la complementa de un modo razonable, satisfaciendo los principios de inmediación, publicidad, imparcialidad y al sistema acusatorio imperante en la Constitución local. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

8. Para la revocación de la suspensión del proceso a prueba no basta nunca un mero informe al respecto de la autoridad que lleve a cabo las funciones propias de la etapa de ejecución; y el incumplimiento —para ser causa de revocación—, debe ser reiterado y persistente, además de injustificado, siendo siempre tal revocación una facultad judicial, pero nunca un deber, pues el Estado debe esforzarse plenamente en la búsqueda de alternativas de cumplimiento (ya sea por medio de la modificación del régimen impuesto o bien, cuando haga falta, a través de la prestación de asistencia al imputado). *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

9. La alternativa de la suspensión del proceso a prueba se ha implementado para impedir el estigma del proceso y la consiguiente mácula que importa (para el individuo) la condena penal y su posible permanencia en cualquier institución carcelaria, y el logro de esa noble finalidad exige otro presupuesto para la revocación, consistente en que el incumplimiento de tales reglas revista, además, suficiente gravedad. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

10. La resolución que dispuso revocar la suspensión del proceso a prueba y no hacer lugar a la solicitud de la audiencia prevista por el art. 311, CPP CABA acarrea una nulidad (art. 72, 3, CPP CABA) susceptible de ser declarada, aun de oficio, en cualquier estado y grado del proceso, porque implica la violación de una norma constitucional —derecho de defensa o derecho a ser oído— (arts. 71, tercer párrafo y 73, CPP CABA). *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. SAPCyF nº 6747/09 - 10/3/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La titular del Juzgado de Primera Instancia con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 8 resolvió, con fecha 7/10/2008, suspender a prueba, durante tres meses, el proceso seguido contra Verónica de las Nieves Páez, término en el cual la nombrada debía cumplir con determinadas reglas de conducta, entre las que se encontraba: "…[a]bstenerse de concurrir a menos de 300 metros a la redonda del lugar del labrado del acta…".

El día 30/3/2009 la jueza de grado —después de haber corrido vista al fiscal y a la defensa— resolvió, por un lado, no hacer lugar a la solicitud de realización de la audiencia prevista en el art. 311 del CPP CABA efectuada por el defensor y, además, revocar la suspensión del proceso a prueba otorgada en favor de Verónica de las Nieves Páez por cuanto la imputada había incumplido con la regla de conducta citada precedentemente. Apelada dicha resolución por la defensa, la Sala II de la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas resolvió confirmar la decisión recurrida (fs. 15/17).

2. Contra la decisión de la Cámara, el defensor oficial interpuso recurso de inconstitucionalidad por entender que la resolución atacada resultaba contraria a la garantía de debido proceso y al derecho de defensa en juicio —más precisamente al derecho a ser oído— en tanto la Cámara confirmó la decisión de primera instancia que revocó la suspensión del proceso a prueba respecto de Páez, sin haber celebrado, previamente, la audiencia prevista en el art. 311, segundo párrafo, del CPP CABA, aplicable supletoriamente en virtud de lo establecido en el art. 6º de la ley 12. En este sentido, la defensa sostiene que, en virtud de esta omisión, la imputada ha perdido la oportunidad de explicar las razones que motivaron el incumplimiento de las pautas de conducta impuestas.

3. La Sala II declaró inadmisible el recurso intentado en razón de que la decisión atacada no es la sentencia definitiva del proceso, ni puede ser equiparada a tal por "…no irrogar a la parte gravamen de imposible reparación ulterior (…) ya que en la etapa por la que transita en estos momentos el legajo, aquélla no causa estado" y, además, tampoco lograba explicar la razón por la cual se vulneró el derecho a ser oído, habiendo tenido oportunidad suficiente para expresar, mediante las presentaciones pertinentes, las razones por las cuales incumplió las pautas de conducta asumidas al acordar la suspensión del juicio a prueba (fs. 28/29). Frente a ello, el defensor general de la Ciudad acudió en queja ante este Tribunal (fs. 34/45).

4. El fiscal general adjunto, al contestar la vista conferida (fs. 49/50), expresó que el recurso de inconstitucionalidad, si bien no fue interpuesto contra una sentencia definitiva, ataca una decisión que genera agravios de imposible, insuficiente o tardía reparación ulterior. Asimismo, según lo expone, la defensa presentó una cuestión constitucional que habilita la intervención del Tribunal. Sobre el punto, mencionó que se había demostrado la lesión al derecho de defensa en juicio invocada —en tanto no se cumplió con la audiencia prevista en el art. 311 del CPP CABA, aplicable al caso en razón del art. 6º de la ley 12— y agregó, además, que la resolución atacada es arbitraria debido a que no se encuentra motivada ni fundada en derecho y se "…ignor[ó] llanamente la letra de la ley procesal que torna operativa una garantía constitucional expresa".

Por ello, solicitó que se haga lugar a la queja y se declare la nulidad de la resolución recurrida.

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por la defensa de la Sra. Páez es formalmente admisible y contiene una crítica fundada y acertada del auto denegatorio.

2. En primer lugar, debo señalar que asiste razón a la defensa en cuanto a que el recurso de inconstitucionalidad fue interpuesto contra una resolución equiparable a definitiva.

Las decisiones que no ponen fin al pleito o que ordenan su continuación no son, en principio, equiparables a definitiva. Sin embargo, el caso en análisis escapa a la regla general y justifica la equiparación. Como lo advirtiera el fiscal general adjunto está en juego la afectación al derecho de defensa en juicio, más precisamente el derecho a ser oído.

3. El recurso de inconstitucionalidad.

La Cámara, en la decisión recurrida, había señalado sobre el punto que "…la ley contravencional —art. 45 del CC— no incluye como requisito previo al dictado de la revocación del instituto la comparecencia del probado para que efectúe el descargo pertinente; es decir, no establece como exigencia formal la participación del encartado para que explique las razones por las cuales incumplió el compromiso asumido al acordar la suspensión del juicio a prueba, extremo que en modo alguno significa que aquél tenga vedada la posibilidad de hacerlo —mediante las presentaciones pertinentes— frente a circunstancias que le impidieran hacerse cargo de la responsabilidad oportuna y libremente asumida..// En definitiva, '...encontrando regulación procesal el instituto en la ley 1472 que rige la probation en materia contravencional, no es vinculante aplicar supletoriamente un ordenamiento procesal distinto en reemplazo de aquél.'" (fs. 16). Siguiendo el mismo razonamiento, la Sala II sostuvo que la imputada tuvo oportunidad para explicar las razones de su incumplimiento por escrito pero, adoptando "…una actitud totalmente pasiva…", sólo se limitó a solicitar la celebración de la audiencia prevista en el art. 311 del CPP CABA, sin ensayar explicación alguna respecto al incumplimiento acaecido.

La defensa alega que la resolución de la Cámara es arbitraria y contraria a los principios constitucionales del debido proceso y de defensa en juicio, específicamente del derecho a ser oído del que goza toda persona sometida a proceso. Argumenta que la Cámara confirmó la decisión del juez de primera instancia que revocó la suspensión del proceso a prueba respecto de Páez, sin haberse celebrado la audiencia prevista en la normativa procesal vigente —art. 311, CPP CABA— y sin haber escuchado previamente a la imputada.

Agrega que, previo a la resolución que ordena la revocación de la suspensión de juicio a prueba, el juez debe escuchar a las partes en audiencia, de conformidad con lo estipulado por el art. 311, CPP CABA, aplicable supletoriamente en razón de lo dispuesto en el art. 6º, LPC. Y continúa señalando que la finalidad perseguida mediante la realización de la audiencia es la de otorgar al imputado la posibilidad

de ser oído, aspecto fundamental del derecho de defensa, toda vez que en esa oportunidad la encartada hubiera podido explicar los motivos de su incumplimiento, para que luego la sentenciante resolviese sobre la subsistencia o revocación del instituto. En este sentido manifiesta que la vista decidida por el juez a la defensa oficial respecto del incumplimiento de las pautas de conducta, resulta insuficiente para una defensa eficaz.

4. La suspensión del proceso a prueba en materia contravencional está regulada en el art. 45, CC. Esta disposición, sin embargo, no establece los pasos a seguir en caso de incumplimiento de las reglas de conducta por parte del imputado y tampoco lo hace la LPC. Para este supuesto, en cambio, el CPP CABA, en su art. 311, establece —en lo que aquí interesa— que "En caso de incumplimiento o inobservancia de las condiciones, imposiciones o instrucciones, se comunicará al tribunal que otorgó la suspensión del proceso a prueba, que previa audiencia con el/la imputado/a, resolverá acerca de la revocatoria o subsistencia del beneficio".

Ahora bien, según el art. 6º, LPC, se aplican supletoriamente las disposiciones del Código Procesal Penal que rige en la Ciudad de Buenos Aires en todo cuanto no se opongan a las disposiciones de dicha ley. Y en este sentido, de ningún modo se puede decir que la regulación citada se oponga al texto de la LPC, que como ha sido dicho no prevé nada al respecto, ni a la regulación prevista en el CC, art. 45. Por el contrario, se puede incluso afirmar que la complementa de un modo razonable, satisfaciendo los principios de inmediación, publicidad, imparcialidad y al sistema acusatorio imperante en la Constitución local.

En el mismo sentido, la doctrina ha destacado que "[e]l órgano judicial que toma conocimiento de un posible incumplimiento de estas reglas, debe citar al imputado y escucharlo en una audiencia (a la que deberá concurrir con su letrado, quien debe haber tenido una real posibilidad de asesorarlo previamente), antes de disponer la revocación, para posibilitarle el ejercicio de la defensa en juicio (art. 18, C.N.). Por ello es que, para la revocación no bastará nunca un mero informe al respecto de la autoridad que lleve a cabo las funciones propias de la etapa de ejecución.// El incumplimiento —para ser causa de revocación—, deberá ser *reiterado y persistente*, además de *injustificado*. [...] la revocación será siempre una *facultad* judicial, pero nunca un *deber*, pues el Estado deberá esforzarse plenamente en la búsqueda de alternativas de cumplimiento (ya sea por medio de la modificación del régimen impuesto o bien, cuando haga falta, a través de la prestación de asistencia al imputado). Ello será necesario con miras a favorecer el funcionamiento de esta alternativa que, atinadamente, se ha implementado para impedir el estigma del proceso y la consiguiente mácula que importan (para el individuo) la condena penal y su posible permanencia en cualquier institución carcelaria. El logro de esa noble finalidad exige otro presupuesto para la revocación, consistente en que el incumplimiento de tales reglas revista, además, *suficiente gravedad* (no bastando con cualquier incumplimiento mínimo)" (Vitale, Gustavo L., *Suspensión del proceso penal a prueba*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 274, destacado en el original).

5. Por las consideraciones expuestas, la resolución que dispuso revocar la suspensión del proceso a prueba y no hacer lugar a la solicitud de la audiencia prevista por el art. 311, CPP CABA acarrea una nulidad (art. 72, 3, CPP CABA) susceptible de ser declarada, aun de oficio, en cualquier estado y grado del proceso, porque implica la violación de una norma constitucional —derecho de defensa o derecho a ser oído— (arts. 71, tercer párrafo y 73, CPP CABA). Debe tenerse presente que la convocatoria a la audiencia prevista en el art. 311, CPP CABA no es una facultad discrecional del juez.

Aunque la magistrada considerara indudable que la Sra. Páez regresó al lugar donde habrían ocurrido los hechos que motivaron la apertura de este proceso (violando así una de las reglas de conducta impuestas oportunamente), lo cierto es que debía haberse celebrado la audiencia prevista en el art. 311, segundo párrafo, del CPP CABA (conf. art. 6º, LPC) a fin de que, previo a resolver, la imputada, y no su defensor, ejerciera su derecho a ser oída por la jueza de la causa.

En consecuencia, la decisión que revoca la suspensión del proceso a prueba de la Sra. Páez es nula por lesionar su derecho de defensa en juicio o, más precisamente, su derecho a ser oída.

Corresponde entonces declarar extinguida la acción contravencional y sobreseer a la imputada. Si bien la realización de la audiencia prescripta en el art. 311, CPP CABA es factible, lo cual en principio parecería indicar que la causa debería ser reenviada al juez de mérito, considero que ello no corresponde en los presentes autos. Retrogradar el proceso en detrimento del derecho de la imputada a una sentencia rápida y eficaz que resuelva definitivamente su situación en un plazo razonable, implicaría vulnerar las normas constitucionales que rigen el debido proceso y que impiden cualquier intento de subsanar errores que no son atribuibles a la procesada sino al Estado.

Por todo lo expuesto, voto por declarar admisible la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad y sobreseer a Verónica de las Nieves Páez.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. El pronunciamiento que origina esta queja, en tanto confirmó la decisión que había revocado la suspensión del proceso a prueba respecto de la Sra. Páez provoca, como consecuencia natural, la continuación del proceso según sus cauces normales, y entonces, evidentemente, no configura una sentencia definitiva a los fines del recurso de inconstitucionalidad. Por su parte, la recurrente tampoco acredita un supuesto de equiparación porque se limita a enunciar una discrepancia acerca de cuestiones estrictamente procesales.

2. Resumidamente, la defensa sostiene en la queja que decidir la revocación de la suspensión del proceso a prueba sin haber convocado la jueza a la audiencia prevista en el art. 311 del CPP CABA —aplicable supletoriamente (art. 6º del LPC)— ha impedido a la imputada la posibilidad de acceder a un modo de finali-

zación del procedimiento, sin el cumplimiento de las normas del debido proceso legal vigentes, afectándose así el derecho de defensa en juicio en cuanto a la posibilidad de la imputada a ser oída y a ejercer su defensa material, lo cual implica que la tutela de dicho derecho no podrá cumplirse eficazmente en una oportunidad posterior (fs. 38/38 vta.).

Pese al modo en que el recurrente presenta su objeción, los agravios esgrimidos en las piezas recursivas, en realidad, y tal como lo afirma la Cámara en el auto denegatorio (fs. 28/29 vta.), sólo expresan discrepancias con la inteligencia que los jueces de mérito otorgaron a los recaudos que exige la normativa que regula el procedimiento en torno a la suspensión del proceso a prueba (v. gr. aspectos procesales vinculados con el art. 45 del CC), cuestión interpretativa cuya revisión no suscita, por sí, la competencia del Tribunal en la vía intentada (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. nº 5654/07, sentencia del 11/6/2008; "Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Arce Gotilla, Guillermo Federico s/inf. art. 111 CC'", expte. nº 5999/08, sentencia del 12/11/2008).

En efecto, el *a quo* sostuvo, para lo que ahora importa, que si bien el art. 45 del CC "no incluye como requisito previo al dictado de la revocación del instituto la comparecencia del probado", ello "en modo alguno significa que aquél tenga vedada la posibilidad de hacerlo —mediante las presentaciones pertinentes— frente a circunstancias que le impidieran hacerse cargo de la responsabilidad oportuna y libremente asumida" (fs. 16/16 vta.). En tal contexto, la defensa no explica por qué la invocada afectación del derecho de defensa podría imputarse a la resolución que revocó la suspensión del juicio a prueba cuando, como lo señaló el *a quo*, aquella "se limitó a solicitar la celebración de la audiencia" sin ensayar "una explicación para el incumplimiento ni articuló ningún tipo de defensa" (fs. 16 vta.), a la vez que tampoco muestra por qué las presentaciones a las que aludió el a quo resultarían un mecanismo insuficiente para el pleno ejercicio del derecho de defensa que le acuerdan los arts. 13 CCBA y 18 C.N.

En consecuencia, corresponde rechazar la queja deducida por el señor defensor general.

3. Por las razones que desarrollé al votar *in re* "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 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.

El juez José O. Casás dijo:

Por los fundamentos expuestos en los puntos 1 y 2 del voto del juez Luis F. Lozano, a los que adhiero, corresponde rechazar el recurso de queja deducido por la defensa de Verónica de las Nieves Páez.

A ello sólo cabe agregar que la defensa de la recurrente omitió exponer en sus presentaciones, siquiera someramente, el tenor de los planteos que pretendía exponer oralmente a los jueces de mérito para intentar justificar el incumplimiento que motivó la revocatoria de la suspensión del proceso a prueba en el caso. Tampoco se han brindado razones para demostrar de manera concreta que, en el caso, la intervención que la jueza de la causa diera oportunamente a la defensa no resultaba apta para resguardar suficientemente el derecho de defensa en juicio del imputado en el ámbito contravencional. Por lo demás cabe añadir, a mayor abundamiento, que si bien la decisión adoptada por la magistrada de grado parece apartarse de la regulación que el recurrente pretende trasvasar a la materia contravencional (art. 311, CPP, que establece para el ámbito penal la celebración de una audiencia previo a la toma de decisiones como la que aquí se cuestiona), ella podría encontrarse justificada por la mayor simplicidad con que se pretende estructurar este tipo de procesos.

En cuanto al depósito que reclama la queja vencida (art. 34, segundo párrafo, ley 402), corresponde diferir su consideración a las resultas del trámite del beneficio de litigar sin gastos iniciado ante el juez de la causa, según constancias obrantes a fs. 32/33 (conf. "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Feng Chen Chih s/art. 40 CC —apelación—'", expte. nº 2212, resolución del 11/6/2003, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. V, pp. 376 y ss.).

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto del doctor José O. Casás y, en consecuencia, a los puntos 1 y 2 del voto del señor juez de trámite, Luis F. Lozano.

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. 34/45.

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

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

XXX

"AGUAS Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'RECURSO DE QUEJA EN AUTOS ZUBDESA S.A. S/INFR. ART. 2.1.15 —LEY 451'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos.
Cuestiones procesales. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. Corresponde rechazar el recurso de queja, pues el planteo tendiente a acreditar la negativa de la Administración a recepcionar el escrito por el cual se solicitaba el pase de las actuaciones a sede judicial, remite a la consideración de cuestiones procesales ajenas al recurso de inconstitucionalidad. *(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 Luis F. Lozano y Alicia E. C. Ruiz).*

2. El gravamen de la recurrente se refiere sólo a si ciertos hechos sucedieron como son expuestos por ella; cuestión que ha sido decidida en las instancias anteriores con fundamentos suficientes, de forma tal que no cabe descalificar la sentencia por arbitraria. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

3. Aun si los hechos hubieran sucedido de la forma en que los narra la recurrente y fuera exacto que no le recibieron su presentación, la actuación de la parte en ese momento y también su desempeño posterior no fueron eficaces para el ejercicio de su derecho de defensa y, en ese sentido, la demora de casi dos meses en que incurrió para interponer su descargo ante el juzgado correspondiente no puede considerarse una actividad procesal diligente de la parte en defensa de su derecho. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

4. La queja no puede prosperar porque no contiene una crítica concreta y circunstanciada de la resolución que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad, y sin hacer referencia alguna a los considerandos de la decisión que viene a impugnar, propone vagamente que el *a quo* no tuvo "un fundamento lógico y justo" para vedar "el acceso a otra instancia", pero no trae argumentos tendientes a poner en crisis su legitimidad. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. SAPCyF nº 6786/09 - 10/3/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Surge de las actuaciones agregadas a la queja que Aguas y Saneamientos Argentinos S.A. (en adelante AySA) fue condenada por la Unidad Administrativa de Atención de Faltas Especiales (en adelante UAAFE) al pago de una multa

por la suma de 360.000 UF. AySA expresa que fue notificada de la resol. 708/UAAFE/09 mediante cédula el día 9/3/2009 y que el 16/3/2009 se presentó ante la autoridad administrativa para solicitar el pase de las actuaciones a la justicia en lo Contravencional y de Faltas, ya que no estaba conforme con las conclusiones de la prevención administrativa. Afirma que el escrito no le fue recibido en las oficinas de la UAAFE "ya que le informaron que las actuaciones ya se habían remitido a la justicia Penal, Contravencional y de Faltas", y que ello ocurrió antes que venciera el plazo para que ella solicitara la remisión al Poder Judicial local, por lo que considera que se violó su legítimo derecho de defensa. Justificó su derecho en lo dispuesto por el art. 24 de la ley 1217, solicitó ser tenida por parte ante el estrado judicial y formuló su descargo.

2. La decisión de primera instancia no hizo lugar al planteo de AySA por considerar, en lo que aquí interesa, que el plazo del art. 23 es perentorio y que AySA "ninguna explicación puede dar de su inacción" entre el 9/3/2009 y el 14/5/2009; por lo que cualquier afectación a su defensa se debió a su propia torpeza (fs. 6/7).

3. AySA planteó recurso de apelación e insistió en sus argumentos al expresar agravios (8/11). Denegada su concesión por no tratarse de una sentencia definitiva (fs. 12 y vta.), AySA planteó ante la Cámara de Apelaciones del fuero un recurso de queja por apelación denegada (fs. 73/79 vta. y relato efectuado en el punto VII de la resolución de fs. 28/30).

4. La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas consideró que la decisión sí era apelable a partir del concepto de sentencia definitiva que enunció en la sentencia (véase fs. 29), pero no admitió que se planteara alguno de los supuestos de viabilidad de la apelación. Sostuvo, en suma, que el fallo de primera instancia tomó en cuenta el descargo efectuado por la apoderada de AySA y valoró que era insuficiente, ante la falta de toda prueba que acredite la negativa de la Administración a recibir el escrito o una presentación judicial tempestiva sobre ese punto (fs. 30).

5. La apoderada de AySA interpuso recurso de inconstitucionalidad contra esa sentencia, por entender que la resolución atacada resultaba arbitraria en tanto prescindía de realizar prueba decisiva —el testimonio de la propia letrada respecto de la negativa de recepción del escrito— y, por lo tanto, lesionaba la garantía de debido proceso, el derecho de defensa en juicio y el derecho de propiedad al no permitirles ser parte en el proceso y defenderse (fs. 63/72).

6. La Sala I declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad por considerar que la defensa no presentó un caso constitucional sino que, por el contrario, sólo expresó su discrepancia con la valoración de cuestiones de hecho y prueba y, con la interpretación de normas infraconstitucionales (fs. 43/45).

7. Ante la denegatoria, AySA interpuso el recurso de queja que está agregado a fs. 51/60.

8. El fiscal general adjunto, al contestar la vista requerida, indicó que la queja carece de una crítica del auto que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad y, por otra parte, que éste no plantea un caso constitucional. Por esa razón, propició el rechazo de la queja (fs. 90/92).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. La queja interpuesta por AySA a fs. 51/60 cumple con los correspondientes requisitos de tiempo y forma, pero no puede prosperar.

2. Al margen de los diversos motivos expuestos por la decisión de primera instancia que originó esta vía recursiva (fs. 6/7), la cuestión planteada por la quejosa —y que fue reiterada en todas sus presentaciones—, hace referencia exclusivamente a ciertos hechos concretos: la supuesta negativa de la unidad administrativa a recibir la presentación en la que solicitaba la remisión de las actuaciones administrativas a la instancia judicial y la negativa, esta vez de los jueces que intervinieron en el proceso, de recibir declaración testimonial sobre aquella cuestión a la apoderada de la firma.

Las instancias de mérito entendieron que la circunstancia denunciada por la parte no fue acreditada durante el proceso, considerando irrelevante a tal efecto la declaración que, al respecto, pudiera brindar la apoderada de la firma.

3. El planteo no constituye, a mi entender, una cuestión jurídica que requiera una interpretación constitucional del Tribunal.

El gravamen de AySA se refiere sólo a si ciertos hechos sucedieron como son expuestos por la recurrente; cuestión que ha sido decidida en las instancias anteriores con fundamentos suficientes, de forma tal que no cabe descalificar la sentencia por arbitraria.

En lo referente al planteo de AySA tendiente a acreditar la negativa de la Administración a recepcionar el escrito por el cual se solicitaba el pase a sede judicial, mediante la declaración testimonial de la abogada Mercedes Susana Argibay —apoderada de AySA que habría participado en esa situación— remite a la consideración de cuestiones procesales ajenas al recurso de inconstitucionalidad. El fallo de primera instancia da cuenta de las pruebas que hubieran permitido ponderar si el accionar profesional se cumplió en tiempo oportuno. Los recursos presentados por la recurrente en las sucesivas instancias no han rebatido lo afirmado por la jueza de grado, limitándose a reiterar la pertinencia de la declaración testimonial de la Dra. Argibay, sin hacerse cargo de justificar la forma de sortear los evidentes inconvenientes derivados, precisamente, de su calidad de apoderada judicial de la empresa infractora.

Por lo demás, aun si los hechos hubieran sucedido de la forma en que los narra la recurrente y fuera exacto que el 16 de marzo no le recibieron su presentación (que es aquello sobre lo que podría testificar la Dra. Argibay, según se expresa en el ofrecimiento), la actuación de la parte en ese momento y también su desempeño

posterior no fueron eficaces para el ejercicio de su derecho de defensa. Resulta llamativo que ante la negativa de la Unidad Administrativa a recibir un escrito de tamaña trascendencia, la letrada no hubiese intentado documentar la situación mediante la intervención de un escribano público o no se hubiese presentado de inmediato ante la autoridad judicial cuya intervención pretendía. La demora de casi dos meses en que incurrió para interponer su descargo ante el juzgado correspondiente no puede considerarse una actividad procesal diligente de la parte en defensa de su derecho.

Por lo expuesto, corresponde rechazar la queja agregada a fs. 51/60 y dar por perdido el depósito que exige el art. 34 de la ley 402, cuya constancia de integración se agregó a fs. 86.

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:

Por las razones dadas por el juez de trámite, Dr. José O. Casás, en los puntos 1 y 2 y en los tres primeros párrafos del punto 3 de su voto, a las que me remito, voto por rechazar la presente queja y dar por perdido el depósito que exige el art. 34 de la ley 402, cuya constancia de integración se agregó a fs. 86.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La queja de fs. 51/60 fue oportunamente interpuesta por escrito ante este Tribunal (art. 33 de la ley 402). Aún así, no puede prosperar. La quejosa no realiza una crítica concreta y circunstanciada de la resolución que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad.

2. La Cámara rechazó el recurso de inconstitucionalidad de fs. 63/72. Entendió que no reunía los requisitos previstos por los arts. 27 y 28 de la ley 402.

La recurrente no intenta siquiera desvirtuar las afirmaciones realizadas por la Sala I en la providencia que motiva su presentación. Se limita a reiterar que a su entender, la sentencia del 19/5/2009 —que no es materia de este recurso—, resulta asimilable a definitiva. Señala también, sin que esto tenga conexión con el caso de autos, que según la doctrina de la CSJN la arbitrariedad de sentencia constituye una cuestión federal (fs. 52 vta.).

Sin hacer referencia alguna a los considerandos de la decisión que viene a impugnar, propone vagamente que el *a quo* no tuvo "un fundamento lógico y justo" para vedar "el acceso a otra instancia" (fs. 53).

Abunda acerca de que el fallo recurrido "perjudica gravemente sus intereses" (fs. 53), pero no trae argumentos tendientes a poner en crisis su legitimidad.

Finalmente, dedica la mayor parte de su presentación directa a la reproducción textual de su recurso de inconstitucionalidad.

En ningún caso consigue criticar lo considerado por la Cámara para decidir como lo hizo.

3. Por estas razones, voto por rechazar el recurso de queja intentado y dar por perdido el depósito que exige el art. 34 de la ley 402, cuya constancia de integración se agregó a fs. 86.

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. 51/60.

2º. *Dar por perdido* el depósito, cuya constancia de integración obra a fs. 86.

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

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

XXXI

"CONFEDERACIÓN CORDIC C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos. Control abstracto de constitucionalidad. NORMA DE CARÁCTER GENERAL.

SUMARIOS:

1. La acción declarativa de inconstitucionalidad del ámbito local y de competencia originaria y exclusiva el Tribunal Superior tiene por único objeto impugnar la validez constitucional de una norma de carácter general emanada de las autoridades locales, donde el control de constitucionalidad es concentrado y en abstracto, y no puede confundirse con el control difuso que, reconocido a todos los jueces, se orienta al dictado de sentencias en las que se valoran situaciones jurídicas individuales. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

2. Es requisito del trámite preliminar de admisibilidad de la acción declarativa de constitucionalidad que quien la inicia 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. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

3. El carácter general de una norma resulta 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, 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. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

4. El acto que dispuso la desocupación por vía administrativa del predio ocupado por cesión de uso y en forma gratuita y el uso inmediato de las instalaciones por el Hospital de Gastroenterología, no está orientado a insertarse en el ordenamiento jurídico como una regla de conducta dirigida a una universalidad potencial de destinatarios cuyo supuesto de hecho pueda ser repetible indefinidamente en el futuro, características que determinan la presencia de una norma de carácter general en los términos del art. 113, inc. 2º, CCBA. *(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).*

5. Es formalmente inadmisible la acción declarativa de inconstitucionalidad si se invoca un conflicto entre una norma local y el derecho de propiedad que asistiría a un particular. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. SAO nº 6863/09 - 10/3/2010

VISTO:

el expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

La Asociación "Confederación CORDIC" (cuya sigla significa Consejo de Recuperación del Incapacitado Cardíaco) plantea a fs. 150/162 la inconstitucionalidad y nulidad, en los términos del art. 113, inc. 2º, CCBA y art. 17 y cc., ley 402, del "dec. CABA 1835/04", como así también de "cualquier otra norma, ordenanza, resolución y/o disposición complementaria, análoga, concordante o continuadora del mismo".

El decreto impugnado dispone el desalojo administrativo de la accionante del predio que ocupa por cesión de uso y en forma gratuita efectuado por el Gobierno nacional (Ministerio de Salud Pública y Medio Ambiente de la Nación) en el año 1983, conocido como Pabellón nº 2, en el que funcionara el ex Centro Fisiológico Nacional Dr. Antonio A. Cetrángolo con salida a la calle Combate de los Pozos 2133 de esta Ciudad.

La actora considera que el decreto "atenta directamente contra el derecho de propiedad del Estado nacional, ya que se atribuye el dominio y facultades propias de ese dominio sobre cosa ajena" y viola además, en su opinión, "la legítima tenencia

del inmueble por la Fundación CORDIC, a la cual el único que puede requerir la restitución del inmueble es el Estado nacional" (fs. 155).

Funda la acción en el art. 277 y cc., del CCAyT; arts. 1º, 10, 12, 106 y cc., CCBA; arts. 17, 18, 31, 75 inc. 5º y cc., C.N.; decs. PEN 3241/70; 1276/73 y 2268/83; Acta del 22/9/1983 suscripta entre el Ministerio de Salud Pública y Medio Ambiente de la Nación y la Confederación CORDIC; ley nacional 24.061, y Acta de fecha 28/4/1992 de convenio de cesión del Estado nacional a la Ciudad de Buenos Aires de los hospitales que da cuenta la ley nacional 24.061 (fs. 155 vta.).

2. A fs. 184/186 el señor fiscal general propicia que se declare la inadmisibilidad formal de la acción en examen, "pues la disposición que se ataca no posee el carácter general que reclama el art. 113, inc. 2º de la Constitución de la CABA" (fs. 185).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. Desde sus primeros pronunciamientos, el Tribunal ha señalado que la acción declarativa de inconstitucionalidad del ámbito local y de competencia originaria y exclusiva el Tribunal Superior 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 individuales (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/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 577/00, sentencia del 30/11/2000, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, t. II, pp. 426 y ss., entre muchos otros).

También el Tribunal en su jurisprudencia constante ha sostenido que es requisito del trámite preliminar de admisibilidad de la acción declarativa de constitucionalidad "que quien la inicia 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". Asimismo es ineludible que la parte interesada "explique de manera clara y pormenorizada las razones en las que sustenta la tacha de inconstitucionalidad" (conf. causa "Massalin Particulares S.A.", ya citada; entre muchos otros). Cabe apuntar que la ley 402, al reglamentar la acción declarativa de inconstitucionalidad, en nada ha alterado el criterio señalado.

A partir de lo expuesto, como se verá, la pretensión de la Asociación Confederación CORDIC es improcedente.

2. La presente acción tiene por único objeto que se declare la inconstitucionalidad y nulidad (aparentemente *in totum*) del decreto del Poder Ejecutivo local 1835/04 (copia obrante a fs. 22/23).

El dispositivo del decreto citado es el siguiente:

"*1º.* Autorízase al señor Interventor del Hospital de Gastroenterología 'Carlos Bonorino Udaondo' a que proceda a liberar el ingreso al Pabellón identificado como Nº 2 del inmueble fiscal donde funcionaba el ex-Centro Tisiológico Nacional 'Dr. Antonio A. Cetrángolo', con salida a la calle Combate de los Pozos 2133 de la Ciudad de Buenos Aires y disponer inmediatamente la utilización de dichas instalaciones por parte del citado establecimiento asistencial.// *2º.* Requiérase la designación por a través (*sic*) de la Subsecretaría Escribanía General de la Ciudad, de un Escribano para que se constituya en el lugar a efectos de cumplimentar lo dispuesto en el art. 1º del presente y labrar el Acta Notarial correspondiente.// *3º.* Dispónese la desocupación de dicho inmueble, la que deberá efectivizarse en un plazo de treinta (30) días, bajo apercibimiento de efectuar la desocupación por vía administrativa.// *4º.* Instrúyase a las Direcciones Generales Guardia de Auxilio y Emergencia y Sistema de Atención Médica de Emergencias para que al momento de efectivizarse lo dispuesto en el art. 1º, actúen en la medida de sus competencias, circunstancia que quedará debidamente acreditada en el Acta Notarial correspondiente.// *5º.* El presente decreto es refrendado por los señores secretarios de Salud, de Justicia y Seguridad Urbana, señora Secretaria de Hacienda y Finanzas y señor Jefe de Gabinete.// *6º.* Dése al Registro, publíquese en el Boletín Oficial de la Ciudad de Buenos Aires, remítase a la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires en cumplimiento de lo dispuesto en la ley 1218 (*B.O.* nº 1850). Comuníquese a las Secretarías de Salud, Justicia y Seguridad Urbana, Dirección General de Concesiones y Privatizaciones de la Secretaría de Hacienda y Finanzas y, para su cumplimiento, notificación fehaciente a la Confederación CORDIC y demás efectos, pase al Hospital de Gastroenterología 'Carlos Bonorino Udaondo'".

3. El cuestionamiento de la parte actora se exhibe poco desarrollado en su fundamentación básica, si se tiene en cuenta que el Tribunal —como se dijo— ha entendido que en este tipo de causas resulta ineludible que quien las inicia 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, para argumentar "de manera clara y pormenorizada las razones en las que sustenta la tacha de inconstitucionalidad".

En este sentido cabe destacar la imprecisión del escrito de inicio a la hora de identificar con claridad las normas del dec. 1835/94 que se impugnan y hacer referencia a "cualquier otra norma, ordenanza, resolución y/o disposición complementaria, análoga, concordante o continuadora del mismo"; también es notoria la falta de argumentos destinados a conectar las normas objetadas con los preceptos

constitucionales que se entienden vulnerados (v. en sentido concordante lo expresado en el dictamen del señor fiscal general a fs. 185 vta.).

4. De todos modos, a partir de la lectura del escrito de inicio es posible inferir que las objeciones de la accionante se refieren principalmente al tramo del dec. 1835/94 por el cual, al haberse constatado la finalización del plazo de la cesión oportunamente realizada por el Estado nacional en el año 1983 en favor de Confederación CORDIC —por el término de diez (10) años— (conf. considerandos del decreto impugnado), se dispuso la desocupación del predio identificado como Pabellón nº 2, del inmueble fiscal en el que funcionara el ex Centro Tisiológico Nacional "Dr. Antonio A. Cetrángolo", con salida a la calle Combate de los Pozos 2133 de esta Ciudad (véanse arts. 1º y 3º, parte resolutiva).

En el escrito bajo estudio la accionante se limita excluyentemente y en toda su extensión a: *a)* discutir el dominio o titularidad del bien que invocó para sí el Gobierno de la Ciudad al momento de dictar el decreto a la luz de lo dispuesto por la ley nacional 24.061; y *b)* defender el uso precario y gratuito de dicho inmueble que estima le corresponde a tenor de las actas, convenios y decretos detallados en el punto IV del escrito inicial (véase fs. 155 y vta. del escrito de demanda).

5. 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], Ad-Hoc, Buenos Aires, 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. nº 5467/07, sentencia del 6/11/2007, y "Banfi, Enrique Roberto y otros c/GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 5869/08, sentencia del 30/6/2008.

Desde mi punto de vista, entonces, corresponde entender que las normas de alcance general en los términos del art. 113, inc. 2º, CCBA son "las que se dirigen a un universo de destinatarios y posibilitan, en abstracto, que sus presupuestos de hecho, y las consecuencias jurídicas que a ellos enlaza el legislador, no se agoten

instantánea y fugazmente en el tiempo" (conf. mi voto en la causa "Doy", ya citada).

6. En virtud de lo señalado sólo cabe concluir que la norma atacada, en mi opinión, no constituye una norma de alcance general en los términos del art. 113, inc. 2º, de la CCBA, toda vez que el dec. 1835/04 resuelve sobre una situación particular, concreta y relacionada con personas determinadas, finalizando allí su alcance o interferencia sin generar un dispositivo con persistencia temporal respecto de sujetos indeterminados. Examinado bajo esta perspectiva, no cabe duda que el acto dictado por el señor Jefe de Gobierno que dispuso la desocupación por vía administrativa del Pabellón nº 2 de mención y el uso inmediato de las instalaciones por el Hospital de Gastroenterología "Carlos Bonorino Udaondo" (art. 1º, *in fine*), no está orientado a insertarse en el ordenamiento jurídico como una regla de conducta dirigida a una universalidad potencial de destinatarios cuyo supuesto de hecho pueda ser repetible indefinidamente en el futuro, características que son las que determinan la presencia de una norma de carácter general en los términos del art. 113, inc. 2º, CCBA.

Como derivación de lo expuesto —y de los propios términos de la demanda—, se desprende que bajo el pretexto de impugnar en abstracto la validez constitucional del nº 1835/94, en realidad, sólo se persigue obtener un pronunciamiento judicial respecto de situaciones jurídicas particulares.

Entiendo que las consideraciones que anteceden resultan suficientes para concluir que la acción deducida resulta formalmente inadmisible.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Me adhiero al voto del juez José O. Casás.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Coincido con la opinión del señor juez de trámite, en que la acción es inadmisible.

La norma cuestionada no es de alcance general conforme lo prescripto por el art. 113, inc. 2º de la CCBA, ya que se trata de un decreto que resuelve sobre una situación particular, como surge del punto 1 del resulta, en términos tales que su efectividad se agota en el caso de la actora.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Coincido con el juez de trámite, el Dr. José O. Casás, en que la presente demanda resulta formalmente inadmisible, porque, tal como señala mi colega, carece de la fundamentación que esta clase de acciones requiere para su procedencia.

La actora no funda sus planteos en el derecho de propiedad que puede asistir a un conjunto indeterminado de personas sino en el que, a su juicio, le asistiría en

concreto a un tercero, el Estado nacional, con relación al inmueble indicado en el art. 1º del dec. 1835/04, esto es, el "…[p]abellón identificado como Nº 2 del inmueble fiscal donde funciona el ex Centro Tisiológico Nacional Dr. Antonio A. Cetrángolo, con salida a la calle Combate de los Pozos 2133 de la Ciudad de Buenos Aires". En este orden de ideas, manifiesta que "[e]l dec. CABA 1835/04 al sostener que el inmueble objeto de esta litis es de propiedad de la Ciudad de Buenos Aires, y ordenar su desalojo administrativo, atenta directamente contra el derecho de propiedad del Estado nacional, ya que se atribuye el dominio y facultades propias de ese domino sobre cosa ajena, violando latamente (*sic*) el art. 17 de la C.N. que garantiza el derecho de propiedad.// Y viola la legítima tenencia del inmueble por la Fundación CORDIC, a la cual el único que puede requerir la restitución del inmueble es el Estado nacional" (fs. 155).

En tanto lo que invoca no es un conflicto entre una norma local, el dec. 1835/04, y la garantía constitucional de propiedad en sentido abstracto, sino el que, a su juicio, existiría entre esa norma local y el derecho de propiedad que asistiría a un particular —derecho que, por un lado, no muestra en razón de qué podría venir a defender en juicio y, por el otro, no serviría ni aun a su titular para instar una acción de la especie de la que nos ocupa—, la presente demanda resulta, tal como señalé al comienzo de este voto, formalmente inadmisible. Conforme lo ha señalado reiteradamente el Tribunal, la acción declarativa de inconstitucionalidad tiene por objeto analizar en abstracto la validez constitucional de la norma impugnada, es decir, tan sólo su posible discordia con una norma de superior jerarquía, sin vincularla con el progreso de una pretensión cuyo objeto sea la tutela de un derecho o interés individual (conf. mi voto *in re* "Ministerio Público – Asesoría Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 5541/07, sentencia de este Tribunal del 30/6/2008, entre otros). Justamente, esa clase de planteo es el que se halla ausente en el *sub lite*.

Por ello, oído lo dictaminado por el fiscal general adjunto, voto por declarar formalmente inadmisible la presente acción.

Por ello, oído lo dictaminado por el señor fiscal general,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* formalmente inadmisible la acción de inconstitucionalidad planteada por la Confederación CORDIC (fs. 150/162).

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y se archive.

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

XXXII

"PARRILLI S/RECURSO"

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA: Excusación de juez. Intervención en el jurado de enjuiciamiento.

Expte. SAO nº 7073/10 - 10/3/2010

VISTO:

el expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

1. A fs. la Dra. Rosa Elsa Parrilli interpone recurso en los términos del art. 29, ley 54.

2. A fs. 48/49 el Dr. José O. Casás, manifiesta su voluntad de excusarse de intervenir "en toda actuación que se vincule con el presente expediente en trámite ante el Tribunal, ya que por respeto a elementales razones de imparcialidad judicial no corresponde que quien conoció, opinó y presidió como juez en un proceso de remoción de un magistrado opere también en el recurso que se deduce contra su decisión o en trámites que se encuentren vinculados a él (conf. arts. 13.3, CCBA y 18, C.N., así como las reglas previstas en los arts. 11.6 y 23 del CCAyT y en el art. 21.12 del CPP de la Ciudad".

FUNDAMENTOS:

1. Las razones enunciadas por el señor juez del Tribunal, Dr. José O. Casás, justifican plenamente su excusación en las presentes actuaciones, en tanto ya ha emitido opinión —como miembro del Jurado de Enjuiciamiento— en la decisión cuyo cuestionamiento se intenta mediante el presente recurso directo. Esta situación encuadra en la prevista en el art. 11 inc. 6º, CCAyT.

2. En virtud de lo expuesto corresponde hacer lugar a la excusación solicitada y además, teniendo en cuenta la vacancia ya existente motivada por la renuncia del Dr. Julio B. J. Maier, corresponde integrar el Tribunal de la manera prevista en el art. 24 de la ley 7.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Aceptar* la excusación del Dr. José O. Casás para intervenir en toda actuación que se vincule la resolución dictada por el jurado de enjuiciamiento que destituyó a la Dra. Rosa Parrilli de su cargo de jueza.

2º. *Integrar* el Tribunal en la forma prevista en el art. 24 de la ley 7.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique a la presentante, y se cumpla.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz.*

XXXIII

"LUNA, LUIS MIGUEL C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos. Cuestión federal. Espacio público. Poder de policía. Gravedad institucional.

SUMARIOS:

1. El recurso extraordinario federal debe ser denegado si no se encuentra en juego una cuestión federal, situación que se verifica cuando el tema en discusión se vincula al uso del espacio público y el poder de policía locales, tópicos ajenos —como principio— a la competencia del Alto Tribunal. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

2. La invocación de los preceptos y principios constitucionales e internacionales que genéricamente efectúa el recurrente para justificar la existencia de cuestión federal en los términos del art. 14 de la ley 48, carece de la relación directa e inmediata exigida por el art. 15 de la ley 48. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

3. La gravedad institucional que invoca el recurrente no puede prosperar puesto que dicho planteo no fue mantenido durante todo el proceso. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

4. Corresponde rechazar el pedido de imposición de sanciones efectuado por el actor (sustentado en que el GCBA incurrió en conductas maliciosas que, a su juicio, darían lugar a una sanción pecuniaria) ya que dicho planteo, a esta altura del proceso, resulta improcedente. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

Expte. SACAyT nº 6499/09 - 12/3/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Sr. Luis Miguel Luna dedujo recurso extraordinario federal (fs. 637/645 vta. y fs. 648 y vta.) contra la resolución de fecha 10/11/2009 mediante la cual este Tribunal decidió rechazar el recurso de queja y declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad por él planteados.

Con posterioridad a la interposición del remedio federal, el actor efectuó una presentación desconociendo hechos y documentación aportada por la demandada (fs. 591/597) y solicitó —por haber dicha parte, a su criterio, incurrido en inconducta procesal— que se la sancionase por temeridad y malicia imponiéndosele una multa (fs. 652/727 vta.).

2. La parte demandada, a su turno, contestó el traslado conferido del recurso extraordinario articulado por el actor y pidió su rechazo (fs. 731/736).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. No obstante haber sido interpuesto en tiempo oportuno, el recurso extraordinario federal debe ser denegado.

2. Obsta a la procedencia del recurso intentado la ausencia de cuestión federal en el *sub examine*. En efecto, las normas que han regido el debate, la ley nacional 24.308 aplicada a la administración pública local y, por ende, no federal (véase el punto 4 de mi voto en esta causa) y la ley 1166 —no tachadas de inconstitucionales—, no son de aquellas cuya interpretación habilite la competencia revisora de la CSJN.

Por lo demás, el tema en discusión se vincula con el uso del espacio público y el poder de policía locales. Tópicos ajenos —como principio— a la competencia del Alto Tribunal (*Fallos,* 285:410; 286:87; 291:356; 308:551, entre otros), pues el respeto a las autonomías locales —según reiteradamente lo ha sostenido la CSJN— 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), así como su aplicación en el tiempo (*Fallos,* 323:3884), como ocurre en este proceso (ley nacional 24.308 y la ley 1166).

3. Por su parte, la invocación de los preceptos y principios constitucionales e internacionales que genéricamente efectúa el Sr. Luna para justificar la existencia de cuestión federal en los términos del art. 14 de la ley 48 (arts. 14, 16, 17, 18, 28, 31, 43 y 75, inc. 23º, C.N.; arts. 42 y 43, CCBA; arts. 2º, 6º y 12 del Convenio 168 de la OIT; y los arts. 4º y 7º de las normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades para personas con discapacidad de las Naciones Unidas), carece de la relación directa e inmediata exigida por el art. 15 de la ley 48.

Al respecto, la Corte Suprema ha establecido que 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) 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. La gravedad institucional que invoca el Sr. Luna tampoco puede prosperar puesto que dicho planteo no fue mantenido durante todo el proceso. En efecto, este Tribunal desestimó, por haber sido deducida en forma tardía, la queja dirigida a atacar la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad con relación a ese planteo, entre otros (conf. punto 5 de mi voto en la causa; y punto 2 del voto conjunto de mis colegas, la jueza Ana María Conde y el juez Osvaldo J. Casás).

De todos modos, tampoco esa causal permitiría la concesión del remedio federal intentado porque, conforme lo tiene dicho la CSJN "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).

5. Por lo demás, el recurrente no dio cumplimiento acabado con los recaudos señalados en los arts. 1º, 2º y 3º del reglamento aprobado por la acordada 4/07 de la CSJN. El escrito supera los veintiséis (26) renglones permitidos por el art. 1º. Omitió, también, efectuar en la carátula (art. 2º) la mención clara y concisa de las cuestiones planteadas como de índole federal (inc. i). Finalmente, no consignó (ni podía hacerlo dada 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 se demostró una relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso; tampoco que la decisión impugnada resulte contraria al derecho invocado por el apelante con fundamento en aquéllas (art. 3º, inc. e).

6. Por los motivos expuestos, voto por denegar el presente recurso. Costas a la vencida (conf. art. 68, del CPCCN).

7. Corresponde rechazar el pedido de imposición de sanciones efectuado por el actor a fs. 652/727 vta.

El Sr. Luna sostiene que el GCBA incurrió, durante el presente proceso, en conductas maliciosas que, a su juicio, darían lugar a una sanción pecuniaria (entre otras, destaca como maliciosa la presentación que realizó el GCBA ante este Tribunal a fs. 591/597, con anterioridad a que se dicte sentencia, en la que se señalaba que el actor ponía en riesgo la seguridad y salud de los vecinos al manipular alimentos en contravención a lo dispuesto en las normas que regulan la materia).

Ese planteo, a esta altura del proceso, resulta improcedente. Ello así, toda vez que, con el dictado de la sentencia del 10/11/2009, se agotaron las competencias que el Tribunal detentaba para hacer uso facultades que pretende el recurrente con relación a cuestiones suscitadas con anterioridad a su dictado.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez Luis F. Lozano.

El juez José O. Casás dijo:

1. Adhiero a los fundamentos desarrollados en el voto del señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano, pues allí se exponen adecuadamente los motivos por los cuales corresponde denegar el recurso extraordinario planteado por el actor a fs. 637/646, con costas.

2. Finalmente, entiendo que a esta altura del proceso nada corresponde decidir a este Tribunal respecto del pedido formulado a fs. 725/728 para que se impongan sanciones al GCBA demandado, en tanto la cuestión excede el ámbito de intervención previsto en el art. 257 del CPCCN.

Sin perjuicio de ello, y a todo evento, cabe poner de resalto que las manifestaciones esgrimidas por el GCBA a fs. 591/597 —que motivan la petición del recurrente— no fueron tenidas en consideración por este estrado ni tuvieron incidencia alguna en la decisión adoptada con fecha 10/11/2009 que declaró la improcedencia de los recursos de inconstitucionalidad y de queja deducidos.

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Tal como se indica en el apart. 5 del voto del señor juez de trámite, el recurrente no satisface los requisitos exigidos en los arts. 1º, 2º y 3º del reglamento aprobado por la acordada 4/07 de la CSJN. En el caso y por esas razones, comparto la solución propuesta por mi colega Luis F. Lozano. Voto, pues, por denegar el recurso extraordinario federal del amparista.

En cuanto al pedido de imposición de sanciones por temeridad y malicia, éste excede el control de admisibilidad formal que a este Tribunal le compete y deberá ser resuelto, eventualmente, por el tribunal del recurso: la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Así lo voto.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal deducido por Luis Miguel Luna, con costas.

2º. *Rechazar* el pedido de sanciones por temeridad y malicia formulado a fs. 652/727 vta.

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 - José O. Casás.*

XXXIV

"MINISTERIO PÚBLICO —ASESORÍA TUTELAR DE PRIMERA INSTANCIA CON COMPETENCIA EN LO PENAL, CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 1— S/QUEJA POR RETARDO, PRIVACIÓN O DENEGACIÓN DE JUSTICIA EN: 'LEGAJO FORMADO EN AUTOS MARTIARENA, MABEL ALEJANDRA Y OTROS S/INFR. ART(S). 181, INC. 1º, USURPACIÓN (DESPOJO) —C.P. (P/LEY 2303)'"

RECURSO DE QUEJA POR RETARDO, PRIVACIÓN O DENEGACIÓN DE JUSTICIA.

SUMARIO:

1. Corresponde no hacer lugar al recurso de queja por retardo, privación o denegación de justicia si las cuestiones que fueron objeto de la presentación tienen abiertas o han agotado otras vías procesales. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Ana María Conde, Luis F. Lozano y José O. Casás).*

Expte. SAPCyF nº 7101/10 - 12/3/2010

VISTO:

el expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

1. El señor titular de la Asesoría de primera instancia en lo Penal Contravencional y de Faltas Nº 1 interpuso queja por denegación de justicia (arts. 36 y 37, ley 402) en relación a los autos caratulados "NN Inc. de restitución de inmueble en autos: Martiarena, Mabel y otros s/art. 181, inc. 1º del C.P.", y solicitó la suspensión de la medida de desalojo dispuesta para el día 4/3/2010.

Fundamentó su presentación en que parte de los ocupantes del inmueble son personas menores de edad y en que la orden de allanamiento supeditó la ejecución de la medida a la existencia de sentencia firme (fs. 39/44).

2. A fs. 46 la señora jueza de Trámite ordenó a la Secretaría de Asuntos Originarios, se comunique telefónicamente con el juez y con la Fiscalía intervinientes a fin de que informe el estado de las actuaciones.

3. Los informes fueron agregados en autos a fs. 47.

4. El 4/3/2010 el Tribunal resolvió requerir al titular del Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas Nº 6 que informe en el plazo de 48 horas sobre los hechos denunciados y el estado procesal de la causa (fs. 49/51).

5. A fs. 54/58 se agregó el informe.

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

El informe realizado por el señor juez Penal, Contravencional y de Faltas Nº 6, permite resolver lo peticionado por el señor asesor tutelar en el marco del art. 113.4, primera parte, CCBA y arts. 36 y ss., ley 402 (véase petitorio del escrito inicial).

En efecto, algunas de las cuestiones que fueron objeto de la presentación referida tienen abiertas o han agotado otras vías procesales. Respecto del desalojo del inmueble de autos la denuncia se ha tornado abstracta.

Por lo expuesto corresponde el archivo de estas actuaciones. Así voto.

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

Evaluados los datos que surgen del informe realizado por el señor juez Penal, Contravencional y de Faltas Nº 6, corresponde señalar que la denuncia por retardo, privación o denegación de justicia no es la vía procesal adecuada a los efectos de que este Tribunal pueda resolverlo peticionado por el señor asesor tutelar en los términos del art. 113.4, primera parte, CCBA y arts. 36 y ss., ley 402 (véase petitorio del escrito inicial).

En efecto, las cuestiones de diverso orden que fueron objeto de denuncia o bien tienen o han agotado otros remedios procesales por lo que no justifican la vía intentada ante este estrado. Conforme lo ha expresado el Tribunal en otras oportunidades (véase "Porcella, Hugo Baltasar s/queja por privación y denegación de justicia en: 'GCBA c/Porcella, Hugo Baltasar s/ejecución fiscal'", expte. nº 2601/03, resolución del 13/11/2003, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. V, 2003, pp. 792 y ss.) un planteo por denegación de justicia, no tiene por finalidad remediar situaciones de esta índole en las que no se identifica cuál es la decisión judicial que pese a venir impuesta por el ordenamiento aplicable el órgano denunciado habría omitido emitir.

Por lo expuesto opinamos que no debe hacerse lugar a la queja incoada.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *No hacer lugar* a la denuncia por denegación de justicia articulada por el señor asesor Dr. Carlos Bigalli a fs. 39/44.

2º. *Mandar* que se registre, notifique y archive.

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

XXXV

"ZDANEVICIUS, LUISA LAIMUTE S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos.
Cuestión federal. Arbitrariedad de sentencia. Estatuto del docente.

SUMARIOS:

1. El recurrente intenta justificar el carácter federal de la cuestión argumentando que lo decidido por el voto mayoritario de este Tribunal conculca principios y garantías constitucionales (defensa en juicio, principio de división de poderes, principio de legalidad, principio de supremacía), sin explicar de qué modo tales principios y garantías habrían sido vulnerados por la sentencia impugnada, con lo cual permite concluir que no existe la relación directa e inmediata exigida por el art. 15 de la ley 48. *(Votos de los señores jueces Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz, José O. Casás y Ana María Conde).*

2. No es admisible el recurso extraordinario por la causal de sentencia arbitraria, toda vez que solo sostiene la discrepancia del GCBA con la interpretación efectuada de las normas locales involucradas (Estatuto Docente – ordenanza 40.593) y la solución alcanzada por el Tribunal respecto de la calificación de "jubilable" asignada a la actora por la Administración, y no en demostrar cuáles serían los vicios lógicos o argumentales del pronunciamiento que cuestiona o de qué forma éste quedaría descalificado como acto judicial. *(Votos de los señores jueces Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz, José O. Casás y Ana María Conde).*

Expte. SACAyT nº 6749/09 - 17/3/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) dedujo recurso extraordinario federal (fs. 110/120 vta.) contra la resolución de fecha 25/11/2009 mediante la cual este Tribunal decidió hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad planteado por la parte actora, revocar la sentencia de la Sala II de la Cámara CAyT y hacer lugar a la demanda incoada por Luisa Laimute Zdanevicius, "…en punto a que la clasificación de la actora como 'jubilable' dispuesta por la Administración en los distintos listados a los que se hace referencia en este proceso no puede ser óbice para sus eventuales traslados, ascensos y/o nombramientos en interinatos o suplencias…" (fs. 93/106).

2. La Sra. Zdanevicius contestó el traslado conferido del recurso extraordinario articulado por el GCBA y pidió su rechazo (fs. 123/126).

FUNDAMENTOS:

Los jueces LUIS F. LOZANO, ALICIA E. C. RUIZ, JOSÉ O. CASÁS y ANA MARÍA CONDE dijeron:

1. No obstante haber sido interpuesto en tiempo oportuno, el recurso extraordinario federal debe ser denegado.

2. Este Tribunal decidió, por mayoría, hacer lugar a la pretensión de la actora e invalidar aquellos actos de la autoridad local que impedían su participación en concursos para nuevos cargos o ascensos dentro de la carrera docente. En esas condiciones, el recurso extraordinario federal impetrado por el GCBA no cumple con el inc. 2º del art. 14 de la ley 48.

3. El recurrente intenta justificar, entonces, el carácter federal de la cuestión argumentando que lo decidido por el voto mayoritario de este Tribunal conculca principios y garantías constitucionales (defensa en juicio, principio de división de poderes, principio de legalidad, principio de supremacía). Sin embargo, no explica de qué modo tales principios y garantías habrían sido —a su criterio— vulnerados por la sentencia impugnada. Ello, permite concluir que no existe —en el caso— la relación directa e inmediata exigida por el art. 15 de la ley 48.

En este sentido, la Corte Suprema ha establecido que 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) 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. Acude, también, el GCBA a la doctrina de la "sentencia arbitraria" para lograr la apertura de la instancia federal. La admisibilidad del recurso por esta causal —según lo señala la CSJN— es estricta pues "(l)a 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, puesto que se sostiene básicamente en la discrepancia del GCBA con la interpretación efectuada de las normas locales involucradas (Estatuto Docente – ordenanza 40.593)

y la solución alcanzada por el Tribunal respecto de la calificación de "jubilable" asignada a la actora por la Administración, y no en demostrar cuáles serían los vicios lógicos o argumentales del pronunciamiento que cuestiona o de qué forma éste quedaría descalificado como acto judicial.

5. Finalmente, no resulta suficiente para habilitar la instancia extraordinaria la referencia que formula el GCBA a la gravedad institucional que —afirma— derivaría del pronunciamiento dictado (fs. 112 vta.). Ello así, pues en momento alguno del escrito recursivo desarrolla agravios por esta causa.

De todos modos, tampoco esta causal hubiera permitido la concesión del remedio federal intentado porque, conforme lo tiene dicho la CSJN "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).

6. Por lo demás, el recurrente no dio cumplimiento acabado con los recaudos señalados en los arts. 2º, 3º y 8º 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). Tampoco se advierte el efectivo mantenimiento de la cuestión federal en las distintas instancias por las que transitó la causa (concretamente al contestar el recurso de inconstitucionalidad, fs. 75/77). Además, no consignó el GCBA (ni podía hacerlo dada 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 se demostró una relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso; tampoco que la decisión impugnada resulte contraria al derecho invocado por el apelante con fundamento en aquéllas (art. 3º, inc. e). Por último, incumple también el escrito del GCBA con la transcripción a que se refiere el art. 8º en relación a las normas de la ordenanza 40.593 que cita.

7. Por los motivos expuestos, votamos por denegar el presente recurso. Costas a la vencida (conf. art. 68, del CPCCN).

Los jueces José O. Casás, Ana María Conde y Alicia E. C. Ruiz agregaron:

Sólo resta añadir que los planteos esgrimidos por la recurrente en punto a que este Tribunal se habría apartado, sin motivo valedero, de la doctrina sentada por el Alto tribunal federal *in re* "Gemelli, Esther Noemí c/ANSeS" —*Fallos,* 328:2829—, sentencia del 28/7/2005, no guardan relación con lo resuelto en esta causa.

En efecto, en el *sub examine* la cuestión sometida a decisión de este estrado no estuvo vinculada a la determinación del régimen previsional aplicable a la actora en su carácter de docente de la Ciudad de Buenos Aires —asunto que fue objeto

de consideración en el precedente antes aludido— sino que versó sobre aspectos relacionados al derecho a la carrera profesional que detenta la amparista hasta el momento en que decida jubilarse o el GCBA pueda compelerla a hacerlo —en particular, respecto de las limitaciones que se desprenden de la categorización de "jubilable" asignada a la actora en diversos listados anuales de calificaciones docentes mientras ella aún se encuentra en actividad.

Así lo votamos.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal deducido por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 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 - José O. Casás.*

XXXVI

"SICILIANO, MARÍA ANGÉLICA C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Hecho nuevo.

SUMARIOS:

1. La selección del marco normativo aplicable para resolver el recurso de inconstitucionalidad en trámite, así como su interpretación, son parte de las potestades y deberes impuestos por el ordenamiento (arts. 145 y 147 del CCAyT al que remite el ya citado art. 2º de la LPT), en este caso al TSJBA, para que las controversias sometidas a decisión jurisdiccional queden dirimidas, con el alcance propio de la vía intentada, mediante "sentencia fundada en ley" como lo exige el art. 12, inc. 5º, de la CCBA. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde).*

2. Corresponde rechazar el planteo de hecho nuevo si no se brindan argumentos que permitan apartarse de la regla según la cual la producción de prueba no procede en el marco del recurso de inconstitucionalidad en trámite (art. 29 de la ley 402). *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde).*

Expte. SACAyT nº 6832/09 - 17/3/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

A fs. 237/239, la recurrente: "Hace saber al tribunal. Hecho nuevo. Sanción del dec. 397/09". En su presentación señala que "...la sanción del dec. 397/09 es un hecho de importancia que modifica la situación fáctica y jurídica existente al momento de interponer el recurso de inconstitucionalidad" en tanto regula "...la forma de designación de los controladores administrativos de faltas". A ese respecto, se indica que "[e]stos hechos" resultan relevantes para resolver el recurso de inconstitucionalidad concedido contra la sentencia que confirmó el rechazo de la demanda de la actora, orientada a que se ordene a la demandada designarla como controladora administrativa de faltas.

Finalmente, se solicita al Tribunal que libre oficio al GCBA "...a fin de que informe la nómina de los 58 controladores administrativos en funciones el 8/5/2009 (...) y remita copia de la nómina de los nombrados por resol. 117-MGGC/07 a fin de compararlas".

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

La sanción del decreto, invocada por la recurrente, no configura un hecho nuevo en los términos y condiciones del art. 293 del CCAyT (conf. art. 2º de la ley 402), por tanto, no corresponde admitir alegatos de las partes a su respecto ni hacer lugar a la producción de la prueba pretendida.

La selección del marco normativo aplicable para resolver el recurso en trámite, así como su interpretación, son parte de las potestades y deberes impuestos por el ordenamiento (arts. 145 y 147 del CCAyT al que remite el ya citado art. 2º de la LPT), en este caso al TSJBA, para que las controversias sometidas a decisión jurisdiccional queden dirimidas, con el alcance propio de la vía intentada, mediante "sentencia fundada en ley" como lo exige el art. 12, inc. 5º, de la CCBA.

Por su parte, tampoco se han brindado argumentos que permitan apartarse de la regla según la cual la producción de prueba no procede en el marco del recurso de inconstitucionalidad en trámite (art. 29 de la ley 402 y *mutatis mutandi* TSJBA en "Kubrusli, Ricardo Manuel s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Kubrusli, Ricardo Manuel c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 6730/09, resolución del 28/10/2009).

En consecuencia, voto por rechazar los planteos formulados y ordenar desglosar el escrito de fs. 237/239 para que sea devuelto a su presentante.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Las circunstancias invocadas por María Angélica Siciliano a fs. 237/239, en el marco de la presente causa, no constituyen hechos nuevos (art. 293 del CCAyT). Por esa razón, comparto la solución que propone el señor juez de trámite. Así voto.

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

Adherimos al voto de nuestro colega el juez Luis F. Lozano.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* los planteos formulados por María Angélica Siciliano y desglosar el escrito de fs. 237/239 para que sea devuelto a su presentante.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique, se cumpla con el desglose dispuesto en el punto anterior y que continúe el trámite del recurso de inconstitucionalidad concedido.

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

XXXVII

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'D'ALOSIO, VÍCTOR C/GCBA S/EMPLEO PÚBLICO (NO CESANTÍA NI EXONERACIÓN)'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Cuestiones de hecho y prueba. Interpretación de normas infraconstitucionales. EMPLEO PÚBLICO: Reincorporación tardía del agente. Indemnización de daños y perjuicios. Principio de *iura novit curiae*. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA: Pronunciamiento *extra petita*. Debido proceso. Agravios expuestos extemporáneamente.

SUMARIOS:

1. La determinación de las cuestiones comprendidas en la litis y el alcance de las peticiones de las partes es materia de hecho regulada por las leyes procesales, cuya determinación no es, como principio, materia susceptible de recurso de inconstitucionalidad, salvo supuestos de arbitrariedad. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

2. Los agravios vinculados al alcance que el *a quo* atribuyó a la pretensión introducida por el actor en su demanda —que estimó comprensiva de los daños y

perjuicios originados por la demora en que incurrió el GCBA en reincorporarlo a su puesto de trabajo—, solo traducen su discrepancia respecto de una cuestión que, en principio, resulta ajena a la vía intentada, a la vez que tampoco se muestra que resulten insostenibles la interpretación del derecho procesal y las determinaciones de hecho sobre cuya base los jueces de mérito resolvieron el pleito. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

3. El agravio referido a que la sentencia vulneró el principio de congruencia y la garantía del debido proceso, al apartarse de la pretensión de la actora —que en su demanda solicitó se le abonen los salarios caídos y el correspondiente SAC, desde el pedido de reincorporación hasta su reinserción efectiva—, y condenar a la Ciudad al pago de una indemnización, que no fue siquiera peticionada en subsidio por la parte actora, y, en consecuencia, no integró la litis, debió plantearse en la primera oportunidad procesal posible por el impugnante; esto es, al fundar el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, de modo que no puede considerarse en esta instancia el recurso de inconstitucionalidad. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. La omisión de esgrimir los agravios en tiempo oportuno impide que los jueces de la instancia anterior se pronuncien sobre esas cuestiones, de modo tal que la introducción de un presunto caso constitucional al fundamentar el recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia de la Cámara, aparece como una reflexión tardía y extemporánea. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. Al estar probado que el trabajador puso a disposición del empleador su fuerza laboral, y que la demandada no cumplió su contraprestación en forma inmediata (otorgar tareas y pagar la remuneración), circunstancia a la que se agrega el carácter del vínculo entre las partes —una relación de empleo público— cuya protección constitucional está garantizada (art. 14 bis, C.N.) desde el ingreso y frente a situaciones posteriores como la que afectara al actor (su reincorporación tardía), la demora injustificada del GCBA en dar tareas genera un crédito a favor del accionante, aspectos que permiten calificar la plataforma fáctica sobre la cual se ejerció la regla *iura novit curiae*, a lo que se suma la ausencia de agravios respecto de este punto, de modo que cabe descartar cualquier arbitrariedad en la decisión recurrida. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. SACAyT nº 6586/09 - 17/3/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Víctor D'Alosio interpuso demanda contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con el propósito de que se le abonen los salarios caídos y el sueldo anual complementario, ambos conceptos con sus correspondientes intereses y hasta su efectivo pago. El actor era utilero en el Teatro Colón y obtuvo la jubilación por invalidez el 23/3/1992, sin embargo, el ANSES invalidó la jubilación

mediante resol. 614/99 y a partir del 25/3/1999. En razón de tal circunstancia el Sr. D'Alosio solicitó su reincorporación laboral el día 18/8/1999 que fue efectivizada recién el 10/6/2002. Debido a esa demora, el actor consideró ser acreedor a los conceptos aquí reclamados.

2. La jueza de primera instancia hizo lugar a la demanda y ordenó al GCBA el pago en carácter de indemnización por daño material sufrido por el actor de equivalente al cincuenta por ciento (50 %) del haber jubilatorio o de la remuneración que percibe en el cargo en que fue reincorporado, correspondiendo estar al que fuera mayor. Asimismo, determinó que la deuda comprendía los períodos del 26/8/1999 al 24/6/2002 con más sus intereses. Impuso las costas a la demandada. El demandado interpuso recurso de apelación. El tribunal superior de la causa consideró que no correspondía otorgar salarios caídos por servicios no prestados pero, del mismo modo, también señaló la conducta negligente de la demandada para efectivizar la reincorporación del actor. Apreció el vocal preopinante —en uso de la regla *iura novit curiae*— que el actor debía ser compensado por la conducta negligente de la empleadora y, en ese orden de ideas, estableció que la demandada debía abonar al actor el 50 % del haber jubilatorio que tendría que haber percibido el actor desde el cese del beneficio hasta su efectiva reincorporación con sus correspondientes intereses.

3. El GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la decisión del tribunal superior de la causa por considerar que la sentencia resultaba arbitraria y afectaba la garantía del debido proceso, el principio de congruencia y el derecho de propiedad. El recurso fue declarado inadmisible por el tribunal superior de la causa quien, para así decidir, en lo principal sostuvo que el recurrente sólo planteaba una mera discrepancia con la decisión sin lograr construir un genuino caso constitucional. En su dictamen, el señor fiscal general adjunto, sostuvo que no se encontraba demostrado la existencia de un caso constitucional y que la impugnación sólo traducía un reproche genérico de la sentencia recurrida. Propició, entonces, el rechazo de la queja.

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja ha sido interpuesto en tiempo, forma y dirige una crítica concreta contra la resolución interlocutoria del tribunal superior de la causa que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad.

2. El GCBA aduce la "escasa atención puesta en el recurso interpuesto", el carácter general y abstracto del pronunciamiento en crisis y su arbitrariedad. Sin embargo, la invocación de la garantía del debido proceso no alcanza para desvirtuar el sentido de la resolución que cuestiona.

3. También en este caso es aplicable la reiterada jurisprudencia del Tribunal, que dice que 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. *in re* "Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja", expte. nº 131/99, sentencia del 23/2/2000).

4. Únicamente el punto 2.6 del recurso de inconstitucionalidad, en donde el recurrente intenta abordar el tema de la violación del principio de congruencia, aparece como una cuestión constitucional. No obstante, ese agravio omite toda consideración a la regla *iura novit curiae* invocada por el tribunal superior de la causa para decidir la condena. La falta de confrontación de los agravios con la regla de decisión utilizada por la Sala II de la Cámara configura un obstáculo insalvable para que la cuestión planteada pueda tener éxito y logre modificar el fallo que se cuestiona.

5. Como reflexión final quiero señalar que está probado que el trabajador puso a disposición del empleador su fuerza laboral (véase fs. 7 y 7 vta. del expediente principal), y que la demandada no cumplió su contraprestación en forma inmediata (otorgar tareas y pagar la remuneración). A esta circunstancia se agrega el carácter del vínculo entre las partes —una relación de empleo público— cuya protección constitucional está garantizada (art. 14 bis, C.N.) desde el ingreso y frente a situaciones posteriores como la que afectara a D´Aloisio (su reincorporación tardía). Esa es la razón por la cual la demora injustificada del GCBA en dar tareas genera un crédito a favor del accionante.

Los aspectos indicados, que permiten calificar la plataforma fáctica sobre la cual se ejerció la regla *iura novit curiae*, a lo que se suma la ausencia de agravios respecto de este punto, descartan cualquier arbitrariedad en la decisión recurrida.

Por lo expuesto, voto por admitir la queja y rechazar el recurso de inconstitucionalidad por improcedente. Costas al demandado.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. El recurso de queja deducido por el GCBA debe ser rechazado. Ello así porque el recurrente no demuestra que los agravios articulados en el recurso de inconstitucionalidad comprometan la interpretación y aplicación de cláusulas constitucionales como lo exige el art. 113 inc. 3º reglamentado por la ley 402 o federales según la doctrina del precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Di Mascio (*Fallos,* 311:2478).

2. La determinación de las cuestiones comprendidas en la litis y el alcance de las peticiones de las partes es materia de hecho regulada por las leyes procesales, cuya determinación no es, por ello y como principio, materia susceptible de recurso de inconstitucionalidad (conforme doctrina de *Fallos,* 270:162, 276:111, entre otros, *mutatis mutandi* aplicable al recurso local), salvo supuestos de arbitrariedad.

Bajo dicha premisa, los agravios que formula el recurrente, vinculados al alcance que el *a quo* atribuyó a la pretensión introducida por el actor en su demanda

—que estimó comprensiva de los daños y perjuicios originados por la demora en que incurrió el GCBA en reincorporarlo a su puesto de trabajo—, solo traducen su discrepancia respecto de una cuestión que, en principio, resulta ajena a la vía intentada. A la vez que tampoco muestra que resulten insostenibles la interpretación del derecho procesal y las determinaciones de hecho sobre cuya base los jueces de mérito resolvieron el pleito.

Afirmar que la decisión es arbitraria "al condenar a la aplicación de una indemnización que no fue pedida por el actor y que en consecuencia no integró la litis" (fs. 24), como lo hizo la parte recurrente, no supone mostrar que sea insostenible la condena consistente, en lo que ahora importa, en "abonar al Sr. D'Aloisio el 50 % del haber jubilatorio que hubiese percibido el actor desde el cese del beneficio hasta su efectiva reincorporación" (fs. 16/20), toda vez que no demuestra que exista y, en su caso, cuál sería la inconsistencia entre esta resolución y la pretensión del actor que, según afirma el propio recurrente, abarcó la petición de que se le abonasen los "salarios caídos y SAC de los mismos" (véase fs. 35); no muestra que la condena abarque más (límite fijado por la cuantía de los salarios y los sueldos anuales complementarios, de acuerdo a lo afirmado por el propio recurrente) o diferente de lo pedido (suma de dinero), ni que el parámetro empleado (haber jubilatorio) para cuantificar la indemnización resulte absurdo.

En tales condiciones, el recurrente adujo arbitraria interpretación de las pretensiones sin que lo transcripto muestre que el *a quo* se apartó de los criterios que el orden jurídico vigente suministra a los jueces para apoyar sus sentencias.

3. Tampoco puede prosperar el planteo a la luz de la alegada afectación de su derecho de defensa, pues la falta de invocación de las defensas que, según afirma, se vio privado de ejercer y que habrían resultado idóneas para revertir la resolución que ahora cuestiona, priva de relación directa al mencionado derecho constitucional con la mentada decisión.

Por todo ello, de acuerdo con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, voto por rechazar la queja de fs. 32/42.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. El GCBA se agravió, en su recurso de inconstitucionalidad, en la supuesta arbitrariedad de la sentencia impugnada.

Afirmó que la resolución vulneró el principio de congruencia y la garantía del debido proceso, toda vez que se apartó de la pretensión de la actora —que en su demanda solicitó se le abonen los salarios caídos y el correspondiente SAC, desde el pedido de reincorporación hasta su reinserción efectiva—, y condenó a la Ciudad al pago de una indemnización, la cual no fue siquiera peticionada en subsidio por la parte actora, y, en consecuencia, no integró la litis.

Entiende la recurrente que de esta forma, se afectó la igualdad entre las partes en el proceso, y su derecho de propiedad, toda vez que el pronunciamiento le ordenó el pago de lo que no fue pedido por el actor.

2. Sin embargo, de la lectura de las actuaciones, se observa que esta cuestión no fue planteada en la primera oportunidad procesal posible por el impugnante; esto es, al fundar el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia; y sólo aparece, tardíamente, en los fundamentos del recurso de inconstitucionalidad, circunstancia ésta que impide su consideración en esta instancia y, por ende, sella la suerte adversa del recurso intentado, y de la correspondiente queja.

Ello así, toda vez que el GCBA, al momento de expresar agravios se limitó a cuestionar la indemnización en sí: sostuvo que no existe normativa que imponga a la administración la obligación a que se refiere la sentencia del juez de grado, cuando el agente no prestó efectivamente servicios; y agregó que no se ha probado en autos un perjuicio específico para su procedencia. Pero en modo alguno el apelante hizo referencia al carácter *extra petita* de dicha decisión.

3. Lo anteriormente dicho no implica convalidar el criterio de la Cámara, sino poner de resalto que la omisión del GCBA de esgrimir este agravio en tiempo oportuno impidió que los jueces de la instancia anterior se pronuncien sobre esta cuestión, de modo tal que la introducción de este presunto caso constitucional al fundamentar el recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia de la Cámara, aparece como una reflexión tardía y extemporánea.

Así lo entiende la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el marco del recurso extraordinario federal. Dicho Tribunal afirma, refiriéndose al caso federal, que "...es condición *sine qua non*, que dicha circunstancia haya sido alegada en el pleito de manera de habilitar a los tribunales a pronunciarse sobre ella dentro de sus procedimientos..." (*Fallos,* 94:95), y que "...la invocación de que se halla involucrada en el pleito una cuestión constitucional, no puede ser el resultado de una reflexión tardía o una mera ocurrencia..." (*Fallos,* 179:5).

Este Tribunal hizo aplicación de dicha doctrina en el marco del recurso de inconstitucionalidad local, al señalar que "...la cuestión constitucional debe introducirse en el juicio en tiempo oportuno, para que los jueces intervinientes tengan ocasión de considerarla y resolverla. Debe haber ocurrido en el litigio una controversia de carácter constitucional y la decisión judicial debe haber recaído sobre ella. De lo contrario, se está en presencia de una reflexión tardía que, más allá de lo acertado de su contenido, resulta extemporánea..." (TSJBA, 20/2/2002, "Consorcio de propietarios edificio 86 (ex 78) nudo 2 barrio Soldati c/Comisión Municipal de la Vivienda s/ejecución de expensas s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 1286/01; ídem, 4/5/2005, "Lombao, Manuel Jorge s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Lombao, Manuel Jorge c/Comisión Municipal de la vivienda s/recurso de revisión c/cesantías o exoneraciones'", expte. nº 3560/04).

4. En mérito a lo anteriormente expuesto, voto por rechazar la queja.

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez Luis F. Lozano.

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 devuelva el principal con esta queja.

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

XXXVIII

"GCBA C/TELRED SUDAMERICANA S.A. S/EJ. FISC. —OTROS— S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Caso constitucional. EJECUCIÓN FISCAL: Excepción de inhabilidad de título. Inexistencia manifiesta de deuda. SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES: Tributos locales. Exención. Tributo vinculado.

SUMARIOS:

1. Dado que la Cámara afirma la vigencia, prevalencia y aplicación de una exención que favorecería a la ejecutada, establecida por una ley nacional —art. 39, ley 19.798—, postergando la norma local que impone el canon, existe cuestión constitucional vinculada con la prevalencia de la norma nacional sobre la local —cláusula de la supremacía, art. 31 C.N.—, en particular en cuanto al alcance de la potestad tributaria del GCBA —art. 129 C.N.— frente a sujetos que invocan prestar ciertos servicios autorizados por el Gobierno nacional, que estarían exentos de tributos locales por razones vinculadas con el desarrollo y el progreso del país —art. 75, inc. 18—. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde, Alicia E. C. Ruiz y Luis F. Lozano).*

2. Al no poder contar con una definición clara y contundente en la ley nacional 19.798 sobre cuáles de los servicios de telecomunicaciones son los "servicios públicos" que eximen del pago de gravámenes locales por el uso diferencial el suelo, subsuelo y espacio aéreo del dominio público de la Ciudad de Buenos Aires, es dable pregonar una hermenéutica prudente del art. 39 de la ley que no haga tabla rasa con las potestades tributarias locales, sin causa justificada en un interés nacional

preeminente. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde, Alicia E. C. Ruiz y Luis F. Lozano).*

3. La prueba acompañada por la empresa ejecutada al plantear la excepción de inhabilidad de título (y la demás concordante que obra en el expediente administrativo) da cuenta que la Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC) otorgó a esa firma licencia para el servicio de transporte de señales de radiodifusión, servicio de videoconferencias y para el servicio de valor agregado y transmisión de datos, donde el permiso señala que la actividad se desarrollará "en competencia", de modo que el sencillo confronte del texto del art. 39 de la ley 19.798 con el de las resoluciones del Secretario de Comunicaciones de la Nación no permite concluir directamente —como lo hizo la Sala II— que la actividad de la ejecutada puede calificarse como "servicio público de telecomunicaciones", y, a consecuencia de ello, quedar exenta de tributar el gravamen reclamado. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde, Alicia E. C. Ruiz y Luis F. Lozano).*

4. El régimen de beneficios fiscales instituido por la ley nacional 19.798 no da lugar a una situación de inmunidad tributaria absoluta de las empresas de telecomunicaciones respecto de los tributos locales. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde, Alicia E. C. Ruiz y Luis F. Lozano).*

5. La falta de una argumentación y acreditación consistentes que demuestren que opera en el caso una dispensa fiscal típica y específica, malogra la pretensión de la ejecutada de sustraerse del deber de contribuir, el que debe ser interpretado, incluso, más estrictamente cuando se está en presencia de un tributo vinculado —esto es de aquellos en los cuales la descripción de la hipótesis de incidencia incluye la prestación de servicios particularizados en el contribuyente o la obtención de beneficios resultantes de la utilización de bienes públicos o de determinadas actividades estatales, lo que resulta predicable, dentro de un ordenamiento como el argentino, respecto de las tasas y de las contribuciones especiales—, en el cual juega con mayor protagonismo el principio retributivo que el contributivo, consustancial de los impuestos. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde, Alicia E. C. Ruiz y Luis F. Lozano).*

6. Determinar la manifiesta inexistencia de deuda para fundar la excepción de inhabilidad de título demandaría adentrarse en el estudio de cuestiones vinculadas al antecedente de la obligación que se reclama, lo que excede en mucho el restringido marco cognoscitivo propio de los juicios de ejecución fiscal y que, además, no se condice con la exigencia de que la inexistencia de deuda debe resultar "manifiesta" de los propios autos y no requerir demostraciones mayores. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde, Alicia E. C. Ruiz y Luis F. Lozano).*

Expte. SACAyT nº 6729/09 - 17/3/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante: GCBA) inició juicio de ejecución fiscal contra la firma "Telred Sudamericana S.A." (en adelante: Telred) por el cobro de pesos doscientos mil cuatrocientos noventa y seis con treinta centavos ($ 200.496,30), más intereses hasta la fecha del efectivo pago y costas, "en concepto de Canon anual por cada metro lineal de canalización subterránea que la empresa posee en la vía pública", por los años 2002/2003 (véase boleta de deuda a fs. 1).

2. Telred opuso excepción de inhabilidad de título basada en la inexistencia de deuda pues, según sostuvo, ella se encontraba exenta de ese gravamen de acuerdo con lo establecido por la ley 19.798 (12/34 vta.). Afirmó que en autos se perseguía el cobro de un tributo previsto por una disposición local, pero prohibido por una ley de la Nación (arts. 6º, 39, 40 y 42 de la ley nacional 19.798). Tachó de inconstitucional el tributo local por encontrarse en oposición con las disposiciones contenidas en la normativa federal que establece la exención de todo gravamen del uso del suelo, subsuelo y espacio aéreo del dominio público nacional, provincial o municipal, a fines de la prestación del servicio público de telecomunicaciones. Invocó, a ese fin, la cláusula del art. 31 de la C.N.

3. Corrido el traslado pertinente, el GCBA manifestó que en tanto la demandada no había invocado ni adulteración material de la boleta de la constancia de deuda, ni tampoco la había redargüido de falsedad, resultaba claro que las defensas opuestas eran tendientes a debatir sobre la causa de la obligación.

4. La jueza de primera instancia rechazó las defensas opuestas por Telred (fs. 108/116 vta.). Para así decidir, consideró que lo que se reclamaba era el canon anual por cada metro lineal, que era independiente del gravamen que podía afectar al prestador del servicio al tramitar el otorgamiento de los permisos de obra. Sostuvo que por el "uso y ocupación de la superficie, el subsuelo y el espacio aéreo", resultaban de aplicación las normas establecidas en los arts. 258 y 259 del C.F. (t.o. 2002), y los arts. 39 de la 19.798 y 1º de la ley 22.016. Entendió que el texto constitucional nacional —art. 129 con el art. 75 incs. 18 y 13, junto con el análisis de los poderes concurrentes, y los excluyentes por reservados o por delegación— permitía al Congreso nacional otorgar exenciones respecto de impuestos provinciales o municipales; y que las potestades de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires podían ser limitadas por las leyes de orden federal, si dificultaban, interferían o impedían, de algún modo la adecuada prestación del servicio de transportes de señales de radiodifusión. Pero concluyó que, sobre este punto, Telred no había acreditado nada, limitándose a sostener en su escrito que la exención operaba respecto de todo gravamen. Finalmente, puso de resalto que el título de fojas 1 resultaba formalmente hábil para la prosecución de la ejecución.

5. Telred apeló la sentencia (fs. 120/134). Planteó la vigencia y constitucionalidad de la ley 19.798 en que funda la exención, y su aplicación al caso de acuerdo

con la cláusula de la supremacía que encuentra fundamento en el art. 31 de la Carta Magna. Invocó jurisprudencia de la CSJN referida al alcance de la ley 22.016.

El GCBA contestó el traslado de la apelación y solicitó su rechazo (fs. 136/153 vta.).

6. La Sala II de la Cámara CAyT, hizo lugar al recurso de Telred (fs. 165/166 vta.). Consideró que el art. 39 de la ley 19.798 —invocado por la parte demandada como fundamento legal de la exención que la beneficiaría— "fue objeto de análisis por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en diversos precedentes (...). Así, en el análisis que la Corte realiza en autos: 'Telefónica de Argentina S.A. c/Municipalidad de General Pico s/acción meramente declarativa' (sentencia del 27/2/1997), se afirma el beneficio impositivo otorgado por la ley 19.798 y, en pormenorizado análisis, se rechaza la aplicabilidad a la empresa actora de la revocación de la exención que efectúa la ley 22.016, determinando los sujetos que ésta alcanza, y determinando que '...cabe concluir que, al no resultar aplicable la ley 22.016 respecto de la empresa actora, no puede entenderse que lo dispuesto en ella implique que dicha empresa se encuentre privada de las prerrogativas que establece la ley 19.798, sobre las que sustenta su posición en este pleito'. Nótese que la suspensión del beneficio que impondría la ley 22.016, resulta, uno de los principales fundamentos de la actora, cuestión que ya fuera tratada y rechazada por el Alto Tribunal. (...) Es así, en definitiva, que sobre la base de los precedentes —por cierto numerosos— de la Corte al decidir en la materia, cabe tener por acreditada la existencia de la exención respecto a las empresas vinculadas a las telecomunicaciones".

7. El GCBA planteó recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia (fs. 170/203 vta.). Sostuvo que el fallo era arbitrario, violaba el principio de legalidad, y los derechos de su parte a la igualdad, de defensa en juicio, de propiedad, y también la autonomía de la Ciudad al impedir la ejecución del tributo, entre otros principios y derechos constitucionales que menciona (véase fs. 177). Afirmó que se cercenaron sus potestades tributarias, específicamente, su poder recaudador y, con ello, se afectó la normal percepción de la renta pública. Expresó que la sentencia impugnada decidió sobre la causa de la obligación, violentando el limitado marco cognitivo que el proceso ejecutivo autoriza. Criticó, además, que se aplicara la exención al caso cuando Telred no demostró que preste el servicio público de telecomunicaciones, el alcance otorgado a la normativa aplicada y la invocación de la doctrina de la Corte Suprema. Sostuvo que la norma nacional no estaba vigente, y que debía aplicarse la norma fiscal local.

Telred contestó el traslado del memorial y solicitó su rechazo pues el recurso carecía de fundamento constitucional suficiente, coherente y consistente (fs. 219/246).

8. La Sala II concedió el recurso de inconstitucionalidad planteado por el GCBA (fs. 248/249). Sostuvo que "la sentencia impugnada, al resolver la existencia de la exención, impide que la cuestión sea revisada o discutida en una instancia

posterior, generando al GCBA un perjuicio de imposible reparación ulterior en relación al ejercicio de su potestad tributaria"; señaló, además, "la existencia de un efectivo agravio que constituye una cuestión constitucional encuadrable en el supuesto contemplado en el art. 27 de la ley 402, en tanto la cuestión resuelta se halla en directa relación con la autonomía de la demandada y el ejercicio de su potestad tributaria". Por último, rechazó "el planteo referido a la supuesta 'arbitrariedad' del fallo".

9. El señor fiscal general adjunto propició en su dictamen que se declare mal concedido el recurso del GCBA, ya que "el agravio del Gobierno sólo se refiere a cuestiones de interpretación y aplicación [de] normas infraconstitucionales (leyes nacionales 19.798 y 22.016; Código Fiscal y Ley Tarifaria de la Ciudad) cuya interpretación y aplicación resulta propias de los jueces de las instancias anteriores" (fs. 265/267).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. Frente a la pretensión ejecutiva instada por el GCBA dirigida al cobro de un canon establecido en el Código Fiscal, Telred invocó una exención tributaria fundada en una norma nacional. La decisión recurrida trató el fondo de la relación jurídica-tributaria y negó que Telred esté obligada al pago del tributo. En las condiciones antedichas, la Cámara, por el amplio tratamiento brindado a una defensa de base constitucional, ha ocluido toda posibilidad de revisión en juicio ordinario posterior de un punto de la sentencia que, de quedar firme, pasaría a adquirir fuerza de cosa juzgada formal y material.

Atendiendo a las circunstancias reseñadas —a diferencia de lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto— considero que la decisión involucró algo más que la interpretación y aplicación de normas infraconstitucionales nacionales y locales. Telred ha argumentado que existe una exención que la favorecería, establecida por una ley nacional —art. 39, ley 19.798—, que impediría la procedencia de la pretensión recaudadora del Gobierno local, ya que por imperio del art. 31 de la C.N. la norma nacional se impondría al Código Fiscal local. El GCBA ha negado tanto la vigencia de esa norma, como que —de admitirla— Telred hubiese acreditado cumplir con las condiciones establecidas por la norma nacional para otorgar la exención. La Cámara afirma la vigencia, prevalencia y aplicación de la exención al caso de autos, postergando la norma local que impone el canon. Hay, por ende, una cuestión constitucional vinculada con la prevalencia de la norma nacional sobre la local —cláusula de la supremacía, art. 31, C.N.—, en particular en cuanto al alcance de la potestad tributaria del GCBA —art. 129, C.N.— frente a sujetos que invocan prestar ciertos servicios autorizados por el Gobierno nacional, que estarían exentos de tributos locales por razones vinculadas con el desarrollo y el progreso del país —art. 75, inc. 18—. Ello pone en debate la compleja relación de normas fiscales y parafiscales de diversas jurisdicciones bajo la matriz federal que la Constitución

de la Nación establece; la alegada violación de los principios de reserva de ley en materia tributaria o legalidad en la determinación de las exenciones y la cláusula de prelación jerárquica de las normas.

2. El art. 39 de la ley 19.798, que está en el centro del debate planteado en autos, establece: "A los fines de la prestación del servicio público de telecomunicaciones se destinará a uso diferencial el suelo, subsuelo y espacio aéreo del dominio público nacional, provincial o municipal, con carácter temporario o permanente, previa autorización de los respectivos titulares de la jurisdicción territorial para la ubicación de las instalaciones y redes. Este uso estará exento de todo gravamen".

Su lectura impone remitirse al art. 2º de la ley que establece el alcance que el legislador ha asignado a cada una de las actividades abarcadas por la denominada "Ley Nacional de Telecomunicaciones". Así, el dispositivo establece su clara finalidad de guía hermenéutica al señalar "A los efectos de esta ley y su reglamentación se define como…"; se trata de un supuesto de "interpretación auténtica" de los términos de la propia ley. Seguidamente el art. 2º expresa qué debe interpretarse por: "Telecomunicación", "Radiocomunicación", "Telegrafía", "Telefonía", "Servicio de Radiodifusión", "Servicio telefónico", "Servicio telegráfico público", "Servicio telex", "Servicio de radioaficionados", "Servicio espacial", "Servicio especial", "Servicio limitado", "Servicio interno", "Servicio internacional", "Correspondencia de telecomunicaciones" y "Sistema nacional de telecomunicaciones".

La denominación por el legislador de las "telecomunicaciones" como "servicio público" (*publicatio*) aparece recién en el art. 25 (y se reiterará en los arts. 37 y 39 a 45) aunque sin precisar, ni en esa norma ni en ninguna otra disposición, cuáles de las actividades de telecomunicaciones definidas en el art. 2º se incluían en la categoría "servicio público".

Conviene tener presente que, por ejemplo, la radiodifusión y los servicios de radiodifusión fueron reglados por una ley posterior (la ley 22.285, recientemente sujeta a derogación por el art. 164 de la ley 26.522 de "Servicios de Comunicación Audiovisual") que, en su art. 4º consideraba a los servicios de radiodifusión "de interés público", y no servicios públicos. La ley actual, en su art. 2º, mantiene esa calidad y establece que "la actividad realizada por los servicios de comunicación audiovisual se considera una actividad de interés público".

En materia de servicio de telefonía, tanto el dec. 62/90 —y sus anexos— como el nº 1185/90 efectúan una distinción entre el servicio básico de telefonía (que tendría los caracteres del "servicio público") de los demás servicios prestados en régimen de competencia y, posteriormente, mediante el dec. 764/00, se vincula los "servicios esenciales de telecomunicaciones" y el "servicio universal" en esta materia con "el servicio básico telefónico". Todo parece indicar que del vasto espectro de servicios establecidos en la ley 19.798 la categorización como "servicio público" no abarca a todas las actividades definidas en el art. 2º.

Al no poder contar con una definición clara y contundente en la ley nacional sobre cuáles de los servicios de telecomunicaciones son los "servicios públicos" que eximen del pago de gravámenes locales por el uso diferencial el suelo, sub-

suelo y espacio aéreo del dominio público de la Ciudad de Buenos Aires, es dable pregonar una hermenéutica prudente del art. 39 de la ley que no haga tabla rasa con las potestades tributarias locales, sin causa justificada en un interés nacional preeminente.

3. El fallo recurrido da por sentado que Telred presta "el servicio público de telecomunicaciones" a que hace referencia el art. 39 de la ley 19.798. El GCBA ha objetado este punto. Así, a fs. 175 expresa: "Cabe remarcar que la norma referida está dirigida a otro tipo de sujetos, que prestan un servicio público que no resulta ser el que realiza la empresa ejecutada.// Va de suyo que en autos no se ha acreditado la actividad o servicio que efectúa y no se ha producido prueba alguna, más allá de destacar que es improcedente en esta ejecución fiscal. Lo cierto es que tampoco puede entenderse que la contraria desarrolla un servicio público, vale remarcar que a la fecha de la sanción de la ley 19.798, era el Estado nacional quien prestaba el servicio público de telefonía. (...) la sentencia que aquí se recurre (...) se trata de una exposición teórica, que intenta interpretar lo que establece la normativa nacional y la jurisprudencia, pero que de modo alguno lo conecta realmente con el caso (...) ni acreditando (...) las condiciones necesarias para que se aplique a la demanda la exención referida por el sentenciante". Se trata de una cuestión planteada oportunamente por el GCBA al contestar la apelación de la actora contra el fallo de primera instancia (fs. 146 vta.), que no fue considerada por la Sala II al resolver ese recurso, y cuya valoración tiene una directa incidencia en la solución de la causa, pues no basta con realizar cualquiera de las actividades enunciadas en la Ley Nacional de Telecomunicaciones para contar con la exención que el art. 39 establece para la prestación del referido servicio público.

La demandada, en el punto 3.5 de su responde (fs. 225/228) —que denomina "servicios que presta la demandada y la exención invocada"— afirma que de acuerdo con las constancias agregadas al expte. adm. nº 33.081/2001 se acredita mediante resol. 936/98 de la Secretaría de Comunicaciones de la Nación que tiene licencia para prestar en régimen de competencia los "servicios de valor agregado" y, en igual régimen, el "servicio de transmisión de datos, en el ámbito nacional" (fs. 2/3 expediente administrativo) y que la nota 8196/99 de la Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC) "califica a esta parte como prestadora de servicios públicos".

La nota 8196/99 no expresa en forma directa, en parte alguna de su texto que Telred sea prestadora de un servicio público de telecomunicaciones. La única referencia indirecta al tema del servicio público surge por mención que la resol. 2114 SC/98 —parcialmente transcripta en la nota— efectúa del art. 39 de la ley 19.798, y de la transcripción que se realiza "al dorso" de los arts. 39, 40 y 42 de la ley.

Ahora bien, la resol. 2114 SC/98 aludida en la nota tampoco emplea la categoría "servicio público" en su texto. Es más, deja a salvo que "...el dictado de la presente no implica de ningún modo entrometerse en el ámbito municipal, ni menos aun violentar dichas jurisdicciones locales, sino que es una solicitud de colaboración" (el texto fue consultado en la página web del Ministerio de Economía de la Nación,

servicio Infoleg), por lo que no cabe concluir que por esa resolución: "La autoridad federal de aplicación dispuso que los tributos locales constituyen un obstáculo al servicio de las telecomunicaciones y a su libre competencia", como pretende Telred y tampoco: "Basta leer los citados documentos para darlo por acreditado", como erróneamente se plantea en el responde (fs. 226).

Si la cuestión es tan clara como lo afirma el actor ¿por qué razón las máximas autoridades nacionales en el área específica de las telecomunicaciones (el Secretario de Comunicaciones y el Presidente de la Comisión Nacional de Comunicaciones) no usan la expresión "servicio público" en ninguno de los actos vinculados con la situación de la actora?

La prueba acompañada por la empresa al plantear la excepción (y la demás concordante que obra en el expediente administrativo) da cuenta que la Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC) otorgó a esa firma licencia para el servicio de transporte de señales de radiodifusión (fs. 14/17), servicio de videoconferencias (fs. 18/21) y para el servicio de valor agregado y transmisión de datos (fs. 22/25).

En todos los actos, el permiso señala que la actividad se desarrollará "en competencia". El sencillo confronte del texto del art. 39 con el de las resols. 2712, 2277 y 1746 del Secretario de Comunicaciones de la Nación no permite concluir directamente —como lo hizo la Sala II— que la actividad de Telred puede calificarse como "servicio público de telecomunicaciones", y, a consecuencia de ello, quedar exenta de tributar el gravamen reclamado.

4. Cualquiera que sea la posición que se sostenga respecto a la vigencia o no de esta exención en atención a lo dispuesto por la ley 22.016, y la opinión que merezca el pronunciamiento del Alto Tribunal *in re* "Telefónica de Argentina S.A. v. Municipalidad de General Pico" —*Fallos,* 320:162—, sentencia del 27/2/1997, reiteradamente citado a lo largo del proceso, lo cierto es que aceptar la vigencia de la exención nada dice respecto de su alcance, y admitir la doctrina del fallo de la Corte nada expresa respecto de los supuestos a los que cabe aplicarla.

Corresponde remarcar que más allá de los planteos genéricos realizados por la demandada, ésta no ha logrado demostrar que la actividad que ella realiza y que da base al tributo que se le reclama, guarde similitud o analogía con la de Telefónica de Argentina que diera lugar al pronunciamiento de la CSJN.

Es que el régimen de beneficios fiscales instituido por la ley nacional 19.798 no da lugar a una situación de inmunidad tributaria absoluta de las empresas de telecomunicaciones (para el caso que Telred pudiera ser considerada como tal) respecto de los tributos locales, lo que queda claramente demostrado por la doctrina de nuestro más Alto Tribunal reiterada en la causa: "Telefónica de Argentina v. Municipalidad de Chascomús" —*Fallos,* 320:619—, sentencia del 18/4/1997.

Así entonces, la falta de una argumentación y acreditación consistentes que demuestren que opera en el caso una dispensa fiscal típica y específica, malogra la pretensión de la ejecutada de sustraerse del deber de contribuir, el que debe ser interpretado, incluso, más estrictamente cuando se está en presencia de un tributo vinculado —esto es de aquellos en los cuales la descripción de la hipótesis de incidencia incluye la prestación de servicios particularizados en el contribuyente o la

obtención de beneficios resultantes de la utilización de bienes públicos o de determinadas actividades estatales, lo que resulta predicable, dentro de un ordenamiento como el argentino, respecto de las tasas y de las contribuciones especiales—, en el cual juega con mayor protagonismo el principio retributivo que el contributivo, consustancial de los impuestos.

5. Es que, aunque Telred funda la excepción de inhabilidad de título en que se trata de un supuesto de "manifiesta inexistencia de deuda", lo señalado en los puntos precedentes pone en evidencia claramente que el determinar dicho extremo demandaría adentrarse en el estudio de cuestiones vinculadas al antecedente de la obligación que se reclama, lo que excede en mucho el restringido marco cognoscitivo propio de los juicios de ejecución fiscal y que, además, no se condice con la exigencia de que la inexistencia de deuda debe resultar "manifiesta" de los propios autos y no requerir demostraciones mayores (véanse *Fallos,* 318:646, 1151; 323:816, 325:1008, entre muchos otros).

Además la circunstancia de que la decisión no dio respuesta a los planteos del GCBA vinculados con estas cuestiones, torna a la sentencia en arbitraria y carente de fundamentación, e importa la afectación de la garantía del debido proceso.

Por esa razón, el recurso del GCBA debe prosperar.

Todo ello dicho, claro está, sin desconocer la posibilidad que le asiste a la demandada de plantear nuevamente el tema en un juicio ordinario posterior, atento la amplitud de debate y conocimiento propia de dicho tipo de procesos.

6. De acuerdo a lo expresado en los puntos precedentes, corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA, revocar el fallo apelado y —por los fundamentos expuestos en esta sentencia— mandar a llevar adelante la ejecución incoada en autos. Costas a la vencida en todas las instancias.

Así lo voto.

Los jueces Ana María Conde, Alicia E. C. Ruiz y Luis F. Lozano dijeron:

Adherimos al voto de nuestro colega, el juez José O. Casás.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad planteado por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2º. *Revocar* la sentencia de Cámara y, por los fundamentos expuestos, mandar a llevar adelante la ejecución incoada en autos.

3º. *Imponer* las costas a la vencida.

4º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva.

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

XXXIX

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'BONICELLI, MARÍA VANESA C/GCBA S/DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESP. MÉDICA)'"

RECURSO DE QUEJA: Caso constitucional. Accidente en la vía pública. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO: Falta de servicio. Antijuridicidad. Relación de causalidad. PODER DE POLICÍA: Arbitrariedad de sentencia. Debido proceso. Derecho de propiedad.

SUMARIOS:

1. El recurso de queja ha sido interpuesto en legal tiempo y forma (art. 33 de la ley 402) y asimismo, logra rebatir con solidez el fundamento en virtud del cual fue declarado inadmisible el recurso de inconstitucionalidad previamente interpuesto sobre la base de la inexistencia de caso constitucional y de arbitrariedad. *(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. En materia de responsabilidad nuestro Cód. Civil adopta la teoría de la causalidad adecuada, que sería aquella que según el curso natural y ordinario de las cosas es idónea para producir el resultado dañoso (doctrina art. 901 Cód. Civil), y para cuya determinación es necesario un juicio de previsibilidad que debe hacerse en función de lo que un hombre de mentalidad normal, juzgada ella en abstracto, hubiese podido prever como resultado de su acto u omisión *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. Si ha quedado acreditado con la prueba obrante en autos que el accidente fue causado por el deficiente estado de la vereda, en la que dos empresas contratadas estaban realizando una obra sin cumplir con los elementales recaudos que permitieran un tránsito seguro, se advierte la existencia de la culpa de terceros que opera como un factor (causa ajena) que produjo laruptura del nexo causal, y en consecuencia la exoneración de responsabilidad del Estado local. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. La responsabilidad del Estado por falta de servicio puede suscitarse como consecuencia de una acción o de una omisión estatal, la que se configuraría, esencialmente, cuando el Estado no adopta decisiones en ejercicio de la policía administrativa de naturaleza preventiva o de fiscalización, que podrían haber evitado la producción de un evento dañoso. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. Si bien el GCBA tiene un deber genérico de mantener en buen estado la vía pública y de controlar el cumplimiento de los recaudos establecidos en la normativa vigente y en el permiso adjudicado para realizar obras en la vía pública, el ordenamiento jurídico no consagra ninguna obligación específica de asignar un agente del Estado local tendiente a controlar *in situ*, inmediata y permanentemente el correcto desarrollo de la obra, por lo tanto, no existe una omisión antijurídica que torne responsable al GCBA por los daños sufridos por la actora. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. Para determinar la responsabilidad del Estado local deben configurarse dos de los presupuestos esenciales e ineludibles, que son la antijuridicidad y la relación de causalidad, por lo que el fallo recurrido de la Cámara, al omitir ponderar este extremo, incurrió en una clara arbitrariedad lesiva del derecho al debido proceso y del derecho de propiedad del GCBA, ya que lo obliga a responder patrimonialmente por los daños sufridos por la actora sin que existan fundamentos jurídicos serios para condenarlo. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

7. La condena impuesta al GCBA dirigida a responder patrimonialmente por los daños sufridos por la actora no encuentra apoyo en las previsiones del art. 1113 del Cód. Civil, ni en la pretendida configuración de un supuesto de responsabilidad por omisión en el ejercicio del poder de policía que el demandado tiene a su cargo, por lo que la sentencia impugnada, no constituye una derivación razonada de la normativa aplicable a los hechos de la causa en desmedro del derecho de defensa de quien recurre. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

8. Las empresas codemandadas obtuvieron permisos para realizar trabajos en la vía publica, actuando como terceros por los que el Gobierno de la Ciudad no responde, y los daños provocados por los incumplimientos que los jueces de mérito han tenido por acreditados en relación con los trabajos realizados en el lugar del accidente padecido por la actora no son imputables al Estado local. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

9. Lejos de constituir una impugnación genuina del auto que lo motiva el recurso directo que interpusiera el GCBA es una mera reproducción del recurso de inconstitucionalidad que no satisface la exigencia ineludible de formular una crítica suficiente del auto denegatorio (art. 33 de la ley 402), por lo que no constituye técnicamente una queja cuya finalidad consiste en poner en crisis el juicio negativo que formulara la Cámara. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz.)*

Expte. SACAyT nº 6583/09 - 17/3/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Srta. María Vanesa Bonicelli inició demanda contra Miavasa y el GCBA, a los efectos de obtener una indemnización por los daños que sufriera a raíz de un accidente en la vía pública (fs. 22/25 y 122).

Relata que el día 10/1/2001 transitaba a pie por la calle 25 de Mayo y Perón de esta Ciudad, por una vereda angosta, que en dicho momento estaba totalmente ocupada por tablones puestos por la empresa Miavasa para cubrir el zanjado por ella efectuado aparentemente para otra empresa. En dichas circunstancias, uno de esos tablones le aprisionó el pie, causándole distintas lesiones.

Manifiesta que el accidente le produjo lesión cortante en el empeine, daño en pie y tobillo, lesión estética y daño psíquico que le generó un síndrome depresivo

reactivo, todo lo cual le generó una incapacidad parcial y permanente, y también padecimientos espirituales configurativos de daño moral.

Sostiene que el mal estado de la acera causó el accidente de marras, y le atribuye la responsabilidad al Estado local por el vicio de la cosa (art. 1113, Cód. Civil) que la hace impropia para su destino normal cual es la circulación peatonal segura, ya que las aceras pertenecen al dominio público de la Ciudad (arts. 2339, 2340, inc. 7º y 2344, Cód. Civil), y también por incumplir el deber de garantía y seguridad respecto de la conservación en buen estado de la acera (ley 11.545).

En cuanto a la responsabilidad de Miavasa, la fundamenta en que dicha empresa había efectuado el zanjado de la vereda, y era la dueña o explotadora de la cosa —tabla o tablón— por cuyo riesgo o vicio se lesionó a la actora.

Reclama, en carácter de resarcimiento, una suma mayor a $ 25.000, para solventar los gastos de tratamiento psicoterapéutico y/o psiquiátrico, gastos médicos y de traslado, daño moral, tratamiento kinesio-fisiológico y cirugías estéticas, y daño estético.

2. Miavasa contestó la demanda y solicitó su rechazo (fs. 39/42).

Sostuvo que efectuó obras en la zona entre los días 6 y 8 de enero de 2001, fecha en que terminaron las obras que fueron recibidas de conformidad por la empresa Telred S.A., quien se las había encargado. Las tareas realizadas son de zanjeo y rellenado, encomendando a un tercero (Teltres S.A.) la reparación de la vereda.

Por lo que concluye que al producirse el hecho dañoso, Miavasa no se encontraba realizando tareas ni existían en dicho lugar ningún tipo de materiales o herramientas de su propiedad.

Asimismo, subsidiariamente aduce que los daños y los gastos invocados son improcedentes, y que las sumas peticionadas son desproporcionadas.

3. A fs. 118 se presentó Reliance National Cía. Arg. de Seguros S.A., en carácter de aseguradora de Miavasa, y adhirió a la contestación de demanda efectuada por su asegurada.

4. El GCBA se presentó y contestó la demanda, solicitando su rechazo (fs. 158/181).

Sin perjuicio de negar los hechos y daños invocados, sostiene que de haber sucedido el accidente, habría sido causado por la propia culpa de la actora, lo que la exime de responsabilidad en virtud del art. 1111 del Cód. Civil.

A todo evento, manifiesta que si el accidente hubiera sido producido parcial o totalmente por el deficiente estado de la vereda, la responsabilidad recaería en Miavasa y su subcontratista Teltres S.A., que constituyen terceros por quien el Estado local no debe responder, en los términos del art. 1113 2ª parte 2º párrafo Cód. Civil. Y ello ya que de existir realmente las zanjas tapadas con tablones en la acera a la época del presunto siniestro, pertenecían a trabajos efectuados por dichas empresas, quienes tenían la obligación de reconstruir o reparar la vía pública y dejarlas en condiciones de transitar (conf. art. 1º de la ley 22.151).

Afirma que la conducta que le exige la actora al GCBA excede los límites de un ejercicio razonable del poder de policía, ya que no puede pensarse que el Estado local tenga la obligación de contar con un inspector en cada cuadra durante las 24 horas para verificar toda presunta infracción que pudiera cometerse en ella. No puede responsabilizarse al Gobierno porteño por hechos ajenos a su intervención directa.

Por último, cuestiona la procedencia de los daños y montos reclamados en la demanda.

5. A fs. 197/199 y 228 la actora amplió la demanda contra Telred Sudamericana S.A.

A fs. 247 se presentó Telred Sudamericana S.A. y adhirió a la contestación de demanda efectuada por Miavasa.

6. A fs. 641/643 vta., la señora jueza de primera instancia dictó sentencia haciendo lugar a la demanda contra Miavasa y Telred S.A., y condenándolas al pago de una indemnización de $ 18.500, comprensiva de los rubros incapacidad sobreviniente ($ 4.500), tratamiento psicológico ($ 4.000), gastos de tratamiento médico y traslados ($ 1.000), cirugía estética ($ 4.000) y daño moral ($ 5.000).

Por otra parte, rechazó la demanda entablada contra el GCBA por considerar que el hecho dañoso no obedece a ninguna acción u omisión del Estado local, sino al incumplimiento de las obligaciones a cargo de las empresas demandadas, quienes asumieron la responsabilidad exclusiva por los siniestros u otros eventos que pudieran ser originados por la realización de las obras a su cargo (fs. 642 vta./643).

7. La sentencia fue apelada por la actora a fs. 644, y por Miavasa S.A. a fs. 649.

La actora expresó agravios a fs. 664/669.

La demandada Miavasa S.A. fundamentó su apelación a fs. 674, escrito que fue contestado por la actora a fs. 676/677.

8. La Sala II de la Cámara CAyT de esta Ciudad dictó sentencia confirmando parcialmente la sentencia de grado, con excepción del monto otorgado en concepto de daño moral y la responsabilidad del Estado local (fs. 679/687).

Concretamente, redujo el monto otorgado en concepto de daño moral a la suma de $ 1.000, y determinó la responsabilidad del GCBA en forma concurrente con las codemandadas Telred S.A. y Miavasa S.A.

Para fundamentar la responsabilidad del Estado local, la Cámara sostuvo que el GCBA debió cuidar del estado general de las aceras a pesar de encontrarse con tareas por parte de las empresas codemandadas, y que dicha responsabilidad se desprende del hecho de ser el dueño o guardián de la cosa y haber asumido el control de un servicio público, por lo que no puede alegar, a los fines de exonerarse de responsabilidad, que quienes tenían bajo su custodia los tablones eran Miavasa S.A. y Teltres S.A. (fs. 680 vta./681, apart. 3).

9. El GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 693/708), que fue declarado inadmisible por la Cámara (fs. 720/721).

10. Ante dicha denegatoria, el GCBA interpuso el presente recurso de queja (fs. 67/84 de la queja).

11. El fiscal general adjunto, en su dictamen, propició rechazar el recurso de queja interpuesto (fs. 95/97 de la queja).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso de queja ha sido interpuesto en legal tiempo y forma (art. 33 de la ley 402).

Asimismo, logra rebatir con solidez el fundamento en virtud del cual fue declarado inadmisible el recurso de inconstitucionalidad previamente interpuesto: la inexistencia de caso constitucional y de arbitrariedad.

Por lo expuesto, corresponde abrir la queja y proceder al tratamiento del recurso de inconstitucionalidad deducido por el GCBA.

2. La Cámara revocó la sentencia de primera instancia, que había descartado la responsabilidad del Estado local en el evento dañoso de autos, y sostuvo que el GCBA era responsable por los daños ocasionados a la actora en virtud de dos factores de atribución objetivos: *i)* por su carácter de dueño de la cosa riesgosa —en el caso, la verdadera—, y *ii)* por incurrir en falta de servicio, habida cuenta el incumplimiento de su obligación de cuidar el buen estado de las veredas.

Por el contrario, en su recurso de inconstitucionalidad el GCBA sostiene: *i)* que existen factores que suprimen la relación de causalidad entre las omisiones atribuidas al Estado local y el perjuicio ocasionado. Concretamente, manifiesta que el daño ha sido causado por un tercero extraño al GCBA por quien no debe responder (Miavasa S.A.), ya que el accidente se produjo como consecuencia de la infracción en que incurrieron las empresas codemandas a los deberes que establecen las ordenanzas 32.999 y 34.246 y la ley 22.151; y que *ii)* la cosa que produjo el accidente (tablones de madera) no era propiedad del GCBA ni la tenía bajo su guarda, sino que había sido colocada por la empresa Miavasa S.A.

Como veremos a continuación, la argumentación desarrollada por la Cámara no resiste las críticas esbozadas por el GCBA, que demuestran la arbitrariedad de la decisión judicial atacada, consistente en aplicar erróneamente las normas y principios que regulan la responsabilidad del Estado, y ponderar equivocadamente los hechos de la causa.

3. Para que se configure un supuesto de responsabilidad civil, es necesario que se reúnan los siguientes presupuestos:

a) antijuridicidad o ilicitud, consistente en la violación del ordenamiento jurídico, entendiendo por ello no sólo la infracción a deberes impuestos

por la ley —en sentido amplio— sino también por la voluntad de las partes;

b) la existencia de un daño —patrimonial y/o moral— cierto, concreto y actual;

c) relación de causalidad entre el daño sufrido y el hecho —acto u omisión— que lo provocó;

d) factor subjetivo —culpa o dolo— u objetivo —sin reproche moral al autor de la conducta— de atribución de la responsabilidad a un determinado sujeto.

Vemos, entonces, que la relación de causalidad es imprescindible para atribuirle la responsabilidad a un sujeto determinado, ya que no es suficiente la existencia de ilicitud, daño y factor de atribución.

La determinación, en un caso concreto, de cuáles fueron las causas eficientes del resultado dañoso, suele ser una tarea difícil, ya que los hechos son fenómenos complejos por la concurrencia o concatenación de distintas circunstancias que actúan como condición del resultado. Sin embargo, no todas las condiciones —negativas y positivas— que contribuyeron a la producción de un resultado pueden generar responsabilidad civil en su autor.

Para determinar, en el ámbito de la responsabilidad civil, a qué causas atribuirles el resultado dañoso, se han elaborado distintas teorías. Nuestro Código Civil adopta una de ellas: la teoría de la causalidad adecuada, según la cual la causa sería aquella que según el "curso natural y ordinario de las cosas" es idónea para producir el resultado (Doctrina, art. 901, Cód. Civil).

En consecuencia, para establecer la causa de un daño es necesario formular un juicio de probabilidad, es decir considerar si el acto u omisión del presunto responsable era idóneo para producir regular o normalmente ese resultado; y ese juicio de previsibilidad debe hacerse en función de lo que un hombre de mentalidad normal, juzgada ella en abstracto, hubiese podido prever como resultado de su acto u omisión (Bustamante Alsina, Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil", 7ª ed. ampl. y puesta al día, nos. 591/592, p. 252, Abeledo-Perrot, Buenos Aires).

4. En primer lugar analizaré si el Estado local es responsable con fundamento en el art. 1113 Cód. Civil y su carácter de dueño de la cosa riesgosa —vereda en mal estado de transitabilidad.

Ha quedado acreditado con la prueba obrante en autos —especialmente, por la declaración testimonial de Mariángeles De Zan, obrante a fs. 424— que el accidente fue causado por el deficiente estado de la vereda, en la que se estaba realizando una obra sin cumplir con los elementales recaudos que permitieran un tránsito seguro, ya que los tablones de madera colocados para permitir el paso habrían sido mal instalados, de manera tal que aprisionaron el pie de la accionante.

Sin embargo, en este caso —tal como sostiene el GCBA en sus recursos— existe un factor (causa ajena) que produjo la ruptura del nexo causal, y en consecuencia la exoneración de responsabilidad del Estado local: la culpa de un tercero (Miavasa S.A.) por quien el GCBA no tiene deber de responder.

Miavasa S.A., en su contestación de demanda (véase fs. 40 vta./41), sostuvo que, por encargo de Telred S.A., efectuó tareas de zanjeo y rellenado en el lugar del accidente (intersección de 25 de Mayo y Perón) entre los días 6 y 8 de enero de 2001, y que le encomendó a un tercero (Teltres S.A.) la posterior reparación de la vereda. Por lo que concluye que al producirse el hecho dañoso (el 10/1/2001), Miavasa no se encontraba realizando tareas ni existían en dicho lugar ningún tipo de materiales o herramientas de su propiedad.

Por su parte, de la documentación obrante en copia a fs. 33/35 se desprende que la Secretaría de Obras y Servicios Públicos del GCBA le concedió un permiso para efectuar obras en la calle 25 de Mayo al 198, desde el 6/1/2001 a las 8:00 hs. hasta el 8/1/2001 a las 6:00 hs.

Sin embargo, la planilla de condiciones expedida por la Dirección General de Tránsito del GCBA y presentada como prueba documental por la propia Miavasa S.A. (fs. 34), resalta los recaudos que debe cumplimentar la empresa durante y posteriormente a la realización de las obras. En tal sentido, se ordena que "una vez realizadas las obras, la zona afectada quedará habilitada limpia y en perfectas condiciones de transitabilidad", y que "las empresas actuantes tomarán a su cargo las responsabilidades emergentes de siniestros u otros eventos a que pudieran dar origen las presentes obras".

Por otro lado, el art. 1º de la ley 22.151 establece que "en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires las empresas prestatarias de servicios públicos tendrán la responsabilidad de proceder a la reconstrucción o reparación de la vía pública, en los casos en que hayan efectuado roturas con motivo de sus obras de extensión, renovación, conexión o reparación de sus instalaciones."

Es decir, existía un claro y específico deber a cargo de Miavasa S.A. (empresa que realizó las obras) y Telred Sudamericana S.A. (empresa que encargó las obras) tendiente a "proceder a la reconstrucción o reparación de la vía pública" y dejar en "perfectas condiciones de transitabilidad" la vía pública en la que realizaron las obras, conforme surge del art. 1º de la ley 22.151 y del permiso expedido por el GCBA. Y evidentemente, por lo que surge de lo dicho por la actora en el escrito de demanda, que fuera corroborado por la declaración testimonial de Mariángeles De Zan (fs. 424), Miavasa S.A. y Telred Sudamericana S.A. incumplieron esta obligación, lo que causó el accidente de autos. No importa que Miavasa S.A. haya encomendado a un tercero (Teltres S.A.) la reparación de la vereda, a pesar de ello continúa siendo responsable por el incumplimiento del deber de dejar en perfectas condiciones de transitabilidad la vía pública, obligación que asumió expresamente en el trámite del permiso.

Por lo expuesto, cabe concluir que existe culpa de terceros (Miavasa S.A. y Telred S.A.) que constituye la causa adecuada del daño sufrido por la actora, y en consecuencia exoneró de responsabilidad al Estado porteño en su carácter de dueño de la cosa riesgosa (conf. art. 1113, segundo párrafo, *in fine*).

5. Resta dilucidar si el GCBA puede ser responsabilizado con fundamento en la falta de servicio invocada por el accionante. Concretamente, lo que le atribuye la

actora al Estado local es el deber de reparar derivado del incumplimiento del deber de garantía y seguridad respecto de la conservación en buen estado de la acera.

5.1. Según la doctrina y jurisprudencia actualmente mayoritaria, y conforme lo sostiene la Corte a partir del *leading case* "Vadell" del 18/12/1984 (*Fallos,* 306:2030), la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilegítima reposa en la idea objetiva de la "falta de servicio" contenida en el art. 1112, Cód. Civil, según la cual "quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución" (*Fallos,* 306:2030). Se trata de un supuesto de responsabilidad directa, toda vez que "la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas" (*Fallos,* 306:2030). Y la determinación de la falta de servicio en cada caso particular "entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño" (*Fallos,* 321:1124).

La responsabilidad del Estado por falta de servicio puede suscitarse como consecuencia de una acción o de una omisión estatal. Este último caso se configuraría, esencialmente, cuando el Estado no adopta decisiones en ejercicio de la policía administrativa de naturaleza preventiva o de fiscalización, que podrían haber evitado la producción de un evento dañoso

La clave para determinar la falta de servicio y, consecuentemente, la procedencia de la responsabilidad estatal por un acto omisivo se encuentra en la configuración o no de una omisión antijurídica, es decir cuando el Estado incumple una obligación legal expresa o implícita (art. 1074, Cód. Civil), y no un deber genérico o difuso (Cassagne, Juan Carlos, "Derecho administrativo", t. I, 5ª ed. act., pp. 300/301, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997). En caso de no constatarse este presupuesto esencial de la responsabilidad civil —antijuridicidad o ilicitud—, no existiría deber de responder.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho en un reciente fallo que "...la mera existencia de un poder de policía que corresponde al Estado nacional o provincial, no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo participación, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos pueda llegar a involucrarlo a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa (*Fallos,* 312:2138; 313:1636; 323: 3599; 325: 1265 y 3023; 326: 608, 1530 y 2706).// En este aspecto resulta relevante diferenciar las acciones de las omisiones, ya que si bien esta Corte ha admitido con frecuencia la responsabilidad derivada de las primeras, no ha ocurrido lo mismo con las segundas.// Respecto del último supuesto corresponde distinguir entre los casos de omisiones

a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho, en los que puede identificarse una clara falta del servicio, de aquellos otros casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley sólo de un modo general e indeterminado, como propósitos a lograr en la mejor medida posible.// La determinación de la responsabilidad civil del Estado por omisión de mandatos jurídicos indeterminados debe ser motivo de un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar ..." (CSJN, 6/3/2007, "Mosca, Hugo A. c/Provincia de Buenos Aires y otros", *Fallos,* 330:563).

5.2. Ahora bien, admitir en este supuesto la responsabilidad estatal equivaldría a sostener que el Estado local es garante de cualquier accidente que sufra un transeúnte por el mal estado de la vía pública, aunque la causa del accidente obedezca al actuar negligente de un tercero.

El poder de policía consiste en la limitación o reglamentación de los derechos de las personas por razones de salubridad, moralidad o seguridad pública —según un concepto estricto, proveniente del derecho europeo—, o incluso por razones tendientes a promover el bienestar y prosperidad general —según la doctrina amplia, de origen norteamericano—. El poder de policía involucra una fase legislativa —dictado de las normas generales— y una administrativa —aplicación y control del cumplimiento de dichas normas.

En ejercicio del poder de policía, el Estado local tiene el deber de controlar las obras que se realicen en la vía pública, que puedan afectar la libre y segura transitabilidad de transeúntes y vehículos. Lo debe hacer estableciendo recaudos y obligaciones a cargo de quienes realicen dichas obras para garantizar la seguridad y adecuada utilización de quienes transitan las calles y veredas, y controlando su cumplimiento.

Pero si una empresa que obtuvo un permiso para realizar obras en la vía pública, que expresamente se allanó a observar los recaudos establecidos expresamente en el permiso y en la normativa general aplicable, los incumple y causa un daño a un transeúnte, no puede responsabilizarse automáticamente al Estado local porque no existe un deber de asignar un agente público a controlar *in situ* y permanentemente la ejecución regular de la obra.

Distinta sería la situación si se acreditara que existió un absoluto y reprochable desinterés del Estado local de asegurar la reparación de la vereda, como ocurriría por ejemplo si pasaran semanas o meses con una vereda en mal estado, y/o si se realizaran denuncias ante el Gobierno local alertando sobre dicho extremo y nada se hiciera. Pero en este caso no existe ninguna prueba que corrobore una situación de este estilo, por el contrario el accidente ocurrió 2 días después de vencido el permiso para realizar las obras, y con la enorme magnitud que tiene esta Ciudad es ilógico pretender que el Gobierno resuelva todos los problemas de la Ciudad en forma absolutamente inmediata.

En conclusión: si bien el GCBA tiene un deber genérico de mantener en buen estado la vía pública y de controlar el cumplimiento de los recaudos establecidos

en la normativa vigente y en el permiso adjudicado a Telred Sudamericana S.A. y Miavasa S.A. para realizar obras en la vía pública, el ordenamiento jurídico no consagra ninguna obligación específica de asignar un agente del Estado local tendiente a controlar *in situ*, inmediata y permanentemente el correcto desarrollo de la obra. Por lo tanto, no existe una omisión antijurídica que torne responsable al GCBA por los daños sufridos por la actora.

6. En virtud de lo expuesto, cabe afirmar que no se configuran en el caso dos de los presupuestos esenciales e ineludibles para determinar la responsabilidad del Estado local: la antijuridicidad y la relación de causalidad.

El fallo recurrido de la Cámara, al omitir ponderar este extremo, incurrió en una clara arbitrariedad lesiva del derecho al debido proceso y del derecho de propiedad del GCBA, ya que lo obliga a responder patrimonialmente por los daños sufridos por la actora sin que existan fundamentos jurídicos serios para condenarlo. Ello amerita la revocación de la sentencia y el rechazo de la demanda entablada contra el GCBA, en los términos del art. 31, segundo párrafo, de la ley 402.

Por lo tanto, voto por:

a) Admitir la queja y hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad planteado por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

b) Revocar la sentencia de la Cámara obrante a fs. 679/687 en cuanto extendió la condena al GCBA, y rechazar la demanda entablada por la actora contra el GCBA.

c) Imponer las costas devengadas por la intervención del GCBA en todo el proceso a la actora, en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 62, CCAyT).

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Adhiero al voto de mi colega, jueza de trámite Ana María Conde, en cuanto sostiene que la condena impuesta al GCBA no encuentra apoyo en las previsiones del art. 1113 del Cód. Civil, ni en la pretendida configuración de un supuesto de responsabilidad por omisión en el ejercicio del poder de policía que el demandado tiene a su cargo. La sentencia impugnada, entonces, no constituye una derivación razonada de la normativa aplicable a los hechos de la causa en desmedro del derecho de defensa de quien recurre.

Ello así, corresponde admitir la queja en este aspecto, y resolver el recurso de inconstitucionalidad del GCBA sin que, al estar comprometida una cuestión constitucional, pese sobre este Tribunal limitación relativa a la interpretación y aplicación del derecho infraconstitucional, en este supuesto tanto común como local, alcanzado por los agravios planteados [conf. mi voto en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Verseckas, Emilia María c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)'", expte. nº 3260/04, sentencia del 16/3/2005].

2. En el contexto reseñado, coincido con que en tanto las empresas codemandadas obtuvieron permisos para realizar trabajos en la vía pública vinculados a las

actividades de Telred S.A. que los encargó, entre ellos tareas de zanjeo y rellenado, esas empresas son terceros por los que el GCBA no responde. Los daños provocados por los incumplimientos que los jueces de mérito han tenido por acreditados en relación con los trabajos realizados en el lugar del accidente padecido por la actora no son imputables al Estado local que no los encomendó.

Por su parte, también coincido en que la referencia a la facultad, que asiste al GCBA, de controlar las obras que son realizadas en la vía pública y el consiguiente deber general que pesa sobre él de aplicarla con miras al cumplimiento de las finalidades para cuya consecución le fue otorgada y, más genéricamente, para la del bien común, no supone identificar un deber específico a propósito de esa obra que, entonces, posibilite fundar la imputación de una omisión concreta en el ejercicio de esa facultad susceptible de ser vinculada causasalmente con la producción de los daños cuya reparación es reclamada. Para mejor ilustrar, el orden normativo contiene reglas acerca del ejercicio del poder de policía suscitado por el permiso acordado para realizar la obra pretendida, como entre otras, la de inspeccionar por muestreo, pero no la de permanecer a su vera para guiar la conducta del ejecutor de los trabajos. Admitida en términos tan amplios como lo hace la sentencia *sub examine*, esta responsabilidad coincide con la de un asegurador, supuesto ajeno al orden normativo que nos rige.

3. Sin embargo, las razones enunciadas quedaron soslayadas por el a quo quien sostuvo que la responsabilidad del Estado "…se funda en una serie de principios específicos, substancialmente de derecho público y sólo en alguna medida, en norma de derecho civil en virtud de que aquéllas forman parte de los stándares generales del sistema normativo (…) El derecho a la reparación nace por la conexidad o relación directa entre la actividad legítima o ilegítima estatal o de cualquiera de sus agentes y el daño ocasionado y se resume en la premisa de que todo perjuicio injustamente causado por el Estado debe repararse —en el caso la omisión de mantener en buen estado de uso y conservación las calles y caminos que se encuentran bajo su custodia—. Tal aserto tiene 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 no de cualquier órgano, debe restablecerse la igualdad de los habitantes mediante una indemnización que, estando a cargo del Estado, generalice el sacrificio especial que se ha exigido al damnificado" para luego afirmar que "[n]o caben dudas que el GCBA debió cuidar del estado general de las aceras a pesar de encontrarse con tareas por parte de las empresas codemandadas. La responsabilidad que se le atribuye al 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 por lo que no puede alegar tan absurda respuesta a los fines de exonerarse de responsabilidad, recalcando que quienes tenían bajo su custodia los tablones eran Miavasa S.A. y Teltres S.A." (fs. 40).

Retomando lo dicho en los puntos anteriores, la argumentación transcripta pierde de vista que el daño materia de debate no consiste en la consecuencia de

una obra hecha en beneficio del Estado ni en un sacrificio particular necesario para alcanzar un objetivo público.

En relación con el mismo precedente invocado por la Sala II en la transcripción formulada, he señalado que "...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 CC), a la contemplada en el art. 1113, 2º párrafo, 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 para cada uno de ellos". También destaqué que "...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 reestablecimiento de la igualdad ante las cargas públicas requiere determinar si el hecho dañoso podría ser considerado como una carga (...) A su vez, la sentencia impugnada parece asumir que los daños sufridos por la accionante debieron ser evitados por el Estado, o en su defecto soportados por él, en un rol, equivalente al de un asegurador, para el que el *a quo* no busca apoyo ni en la C.N., ni en la CCBA ni en la ley". Finalmente, sostuve 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" [conf. mi voto en "Speroni, Santiago c/GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Speroni, Santiago c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)'"], expte. nº 5983/08, sentencia del 26/3/2009.

Desde la perspectiva que brindan esas consideraciones, resulta evidente que los argumentos brindados por el *a quo* para sostener la condena impuesta al recurrente configuran una fundamentación aparente que justifica revocar la sentencia y, por los motivos expuestos en los puntos 1 y 2 de este voto, rechazar la demanda en relación con el GCBA.

Por todo ello, oído el señor fiscal general adjunto, voto por admitir la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia de fs. 38/46 en cuanto fue materia de agravio y rechazar la demanda de autos en relación con el GCBA (art. 31 de la ley 402). Imponer las costas devengadas por la intervención del GCBA en todo el proceso a la actora, en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 62, CCAyT).

El juez José O. Casás dijo:

1. Adhiero a los fundamentos concurrentes vertidos en los votos respectivos de mis colegas los doctores Ana María Conde y Luis F. Lozano y a ellos me remito en homenaje a la brevedad. Ello así, toda vez que entiendo que mis distinguidos colegas dan acabada respuesta a los distintos planteos formulados por la parte recurrente y exponen con suficiencia los motivos por los cuales corresponde revocar la

sentencia de la Sala II Cámara CAyT en cuanto fue materia de agravio y rechazar la demanda en relación con el GCBA.

2. Sólo deseo agregar que, en palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "para considerar que el Estado… o sus organismos o entidades son responsables por falta de servicio, no basta con enumerar genéricamente una serie de actos y conductas, sino que es preciso examinar cada uno de ellos desde el punto de vista de su legitimidad y de su aptitud para constituirse en factor causal del daño cuyo resarcimiento se reclama" (*Fallos,* 329:3966), reflexión que además cobra especial significación en casos como el presente, donde, tal como lo sostienen mis colegas en los votos a los que adhiero, se pretende acreditar una omisión estatal en el cumplimiento de funciones típicas del poder de policía que se encuentran reguladas mediante preceptos básicos y generales.

Sobre este tema específico, el siempre recordado doctor Guillermo A. Muñoz, distinguido integrante de este Tribunal Superior de Justicia, se preguntó en alguna ocasión si todas, la mayoría o cualquier omisión estatal es capaz de generar responsabilidad. A lo que respondió con palabras que me permito compartir: "Pareciera que no. (…) Todo parece indicar que ésa no es la idea, que ése no es el sistema jurídico y económico que impera en nuestro país" (conf. Muñoz, Guillermo A., "Responsabilidad del Estado por omisión", en *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, pp. 89 y ss., en especial p. 91, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001). Porque tal como lo sostiene el académico doctor Juan Carlos Cassagne, "el Estado no puede transformarse en una suerte de caja aseguradora de todos los riesgos que enfrentan los ciudadanos por la circunstancia de vivir en comunidades medianamente organizadas" (conf. Cassagne, Juan Carlos, "Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la Jurisprudencia de la Corte Suprema", *LL*, 2000-D, 1219 y ss.).

En este mismo sentido, el Alto Tribunal federal ha tenido ocasión de señalar en fecha reciente que "sería irrazonable que el Estado sea obligado a que ningún habitante sufra daños de ningún tipo, porque ello requeriría una previsión extrema que sería no sólo insoportablemente costosa para la comunidad, sino que haría que se lesionaran severamente las libertades de los mismos ciudadanos a proteger. Como conclusión, no puede afirmarse, como lo pretende la actora, que exista un deber de evitar todo daño, sino en la medida de una protección compatible con la tutela de las libertades y la disposición de medios razonables (…).// Cabe señalar que en estos casos —de conducta antijurídica por omisión— sólo le puede caber responsabilidad al Estado… si incumplió el deber legal que le imponía obstar el evento lesivo, máxime cuando una conclusión contraria llevaría al extremo —por cierto absurdo— de convertir al Estado en un ente asegurador de todo hecho dañoso que se cometiera" (del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, Dra. Laura M. Monti, que la Corte hace suyo, *in re* "Parisi de Frezzini, Francisca c/Laboratorios

Huilén y otros s/daños y perjuicios", sentencia del 20/10/2009, registro del Alto Tribunal P.681. XLIII).

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso directo que interpusiera el GCBA (fs. 67/84) contiene un solo capítulo destinado a objetar el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad: acápite V "Impugna denegación del recurso de inconstitucionalidad" (fs. 71/82 vta., con mayúsculas en el original).

Una lectura atenta del punto señalado permite advertir que lejos de constituir una impugnación genuina del auto que lo motiva es una mera reproducción del recurso de inconstitucionalidad.

La transcripción de las consideraciones vertidas en oportunidad de deducir el recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia de fondo no satisface la exigencia ineludible de formular una crítica suficiente del auto denegatorio (art. 33 de la ley 402).

En las condiciones indicadas, el escrito en análisis no constituye técnicamente una queja cuya finalidad consiste en poner en crisis el juicio negativo que formulara la Cámara.

2. Por tanto, corresponde rechazar la presentación que dedujera el GCBA a fs. 67/84.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Admitir el recurso de queja* y hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad planteado por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2º. *Revocar* la sentencia de Cámara obrante a fs. 679/687 en cuanto extendió la condena al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y rechazar la demanda respecto del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

3º. *Imponer* las costas devengadas por la intervención del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en todo el proceso a la actora, en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 62 CCAyT).

4º. *Mandar* que se registre, se notifique, se agregue la queja al principal y, oportunamente, se devuelva.

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

XL

"MORELLI, JORGE LUIS C/GCBA S/REVISIÓN CESANTÍAS O EXONERACIONES DE EMP. PÚBL. S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Caso constitucional. EMPLEO PÚBLICO: Exoneración. Idoneidad. Antecedentes penales. Condena por delito doloso. POTESTAD DISCIPLINARIA: Reglamentación.

SUMARIOS:

1. El recurso de inconstitucionalidad es correctamente concedido, si cumple los requisitos formales previstos en el art. 28 de la ley 402, se dirige contra una sentencia de carácter definitivo y, plantea un genuino caso constitucional. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véase voto del señor juez Luis F. Lozano).*

2. La normativa que regula el régimen de empleo público local ha establecido, entre otras disposiciones, que corresponde la cesantía o exoneración para aquellos agentes que hayan sufrido una condena penal por delito doloso, ya que —según el criterio del legislador— no reunirían las condiciones de idoneidad requeridas para integrar la Administración pública. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véase voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. El concepto de "idoneidad funcional", al que se refiere el art. 43 CCBA, implica que los requisitos establecidos para el acceso y permanencia en un cargo público deben estar orientados a garantizar el normal y eficaz desempeño de la Administración, deben guardar una necesaria relación con tal finalidad, y conforme el carácter tripartito de la idoneidad, pueden referirse no solamente a la aptitud técnica, sino también la moral y la económica, pero siempre y cuando se cumple el fin detallado anteriormente. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véase voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. La expresa previsión del art. 57 CCBA no impide que el legislador porteño reglamente el concepto de idoneidad del art. 43 CCBA y determine otros requisitos adicionales para el acceso y permanencia en la Administración pública. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véase voto del señor juez Luis F. Lozano).*

5. En ejercicio de su facultad reglamentaria el legislador porteño sancionó la ley 471, como anteriormente lo había hecho mediante el dictado de la ordenanza 40.401, y dispuso que la condena por delito doloso, aunque éste no haya sido cometido en perjuicio directo de la Administración pública, constituye una causal de cesantía o exoneración —según la norma que se trate—, por entender que el agente público penado no reuniría las cualidades personales requeridas para ejercer la función pública. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véase voto del señor juez Luis F. Lozano).*

6. La resolución que decidió la exoneración del accionante basándose exclusivamente, en cuanto antecedente de hecho, en la condena a siete años de prisión, declarándolo reincidente, por resultar autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el empleo de arma, aplicó automáticamente el art. 37 inc. a) de la ordenanza 40.401 y consideró que la conducta del actor alteraba el desarrollo de la prestación del servicio y la imagen pública de la Administración, en términos que configuran una fundamentación dogmática, sin atender a las particularidades del caso, circunstancias que vician de nulidad el acto por las graves falencias de su causa y, consecuentemente, de su objeto. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véase voto del señor juez Luis F. Lozano).*

7. La exoneración de un agente es la máxima sanción contemplada en el régimen disciplinario local, y está prevista para conductas graves que justifican el apartamiento del cargo y le impiden al agente volver a ingresar a la Administración pública hasta tanto no sea dispuesta su rehabilitación (conf. art. 7º, inc. d de la ley 471), de modo que el acto que la dispone debe fundamentar con detalle por qué se considera que la conducta reprochada justifica tal decisión. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véase voto del señor juez Luis F. Lozano).*

8. La remisión automática a una condena penal recaída respecto de un hecho en el que no estuvo involucrada la Administración, no cumple los requisitos de fundamentación de una sanción de exoneración, si no se aclara por qué ello causa un perjuicio grave al Estado local y/o afecta el regular funcionamiento de la Administración, ni tampoco es suficiente afirmar que la condena que sufrió el agente afecta la imagen de la Administración, ya que ello constituye una afirmación dogmática y general que no contempla las particularidades del caso. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véase voto del señor juez Luis F. Lozano).*

9. El acto impugnado no explica por qué la probada conducta delictiva del accionante, de acuerdo a sus particularidades, permite presumir válidamente que el accionante no reuniría las condiciones personales requeridas para cumplir eficazmente su función de camillero del Hospital Muñiz. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véase voto del señor juez Luis F. Lozano).*

10. La atribución que la Constitución local le confiere a la Legislatura y la Administración pública para reglamentar y aplicar la potestad disciplinaria sobre los empleados públicos, no impide que el Poder Judicial, también en ejercicio de las competencias expresamente conferidas por el plexo constitucional, realice el control de legitimidad de los actos administrativos disciplinarios.

11. La consagración de impedimentos para adquirir o mantener la condición de empleado público prevista de modo expreso en cláusulas de la CCBA genera que el legislador los contemple cuando establece el régimen de empleo público, pero no es una consecuencia propia de tales previsiones impedir que la ley incluya otras prohibiciones de acceso o permanencia. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

12. Resulta acorde a la CCBA restringir el acceso al empleo público de los procesados por delitos dolosos en perjuicio de la administración, mientras que, sostener que esa es la única restricción posible carecería de respaldo pues, el resto de los impedimentos previstos por el legislador, serán o no válidos, en función de la relación que mantengan con la protección del normal desenvolvimiento de la función pública y el respeto de garantías como, por ejemplo, la de igualdad o las que protegen los arts. 19 y 28 de la C.N.. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

13. Cuando las leyes restringen derechos el sacrificio que imponen debe guardar proporción con la satisfacción del fin perseguido y el mecanismo de control judicial, a ese respecto, pasa por analizar el grado de equilibrio que muestra el vínculo entre el impedimento legal y la consecución del interés general perseguido. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

14. El GCBA no ha suministrado una explicación mínima acerca de las razones que llevan a vincular el antecedente penal del actor con el normal desempeño de la función a su cargo, y el acto que exoneró al actor no explicó cómo su conducta pasada, en el caso concreto y acorde a la prueba disponible, brindaría apoyo objetivo a la presunción de que ella podría afectar el normal desarrollo de la función a él encomendada; ello así al punto que en dicho acto ni siquiera se consigna cuál era la función desempeñada por el agente. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

15. Transformar todo antecedente por delito doloso automáticamente en un impedimento para acceder a la función pública puede provocar que la aplicación del régimen legal cuestionado resulte desproporcionada en relación a los fines allí perseguidos. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

16. El control del ejercicio de los poderes para reglamentar derechos debe ser especialmente cuidadoso cuando aquello en lo que se ve limitado el individuo afectado es la posibilidad de desplegar un servicio personal para ganarse la vida, y más aún cuando ese servicio es de calificación relativamente baja. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

17. La ley que contempla como recaudo de idoneidad para impedir el acceso y permanencia en el empleo público un delito no previsto en el art. 57 de la CCBA no resulta de por sí inconstitucional, lo que conduce a afirmar que la decisión cuestionada por el GCBA no constituye una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias comprobadas de la causa. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

18. Una Constitución, al menos por regla, se caracteriza por su concisión, en tanto allí, en la norma fundamental, se deben expresar los principios rectores de una sociedad sin un espíritu de detalle, con lo cual es a todas luces razonable que los requisitos de idoneidad para el acceso y permanencia en el empleo público sean reglamentados por las disposiciones que expida el Poder Legislativo en ejercicio de sus competencias [conf. art. 80, inc. 2º a), CCBA]. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

19. Resulta en principio legítimo que —de conformidad con las leyes vigentes que reglamentan el empleo público—, la Administración valore la idoneidad para continuar en el cargo de uno de sus agentes, frente al dictado de una condena de siete años de prisión y la declaración de reincidencia que recayeron por conside-

rárselo autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el empleo de arma. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

20. Corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad deducido por el GCBA, y revocar la sentencia dictada toda vez que para expedirse acerca de la legitimidad del acto administrativo que dispuso la exoneración del actor resulta necesario ingresar en la valoración de hechos y pruebas que, por la forma en que se decidió el caso, en rigor, todavía no han sido tenidos debidamente en cuenta por los jueces de mérito. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

Expte. SACAyT nº 6753/09 - 17/3/2010

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. A fs. 1/2, y en los términos del art. 464 CCAyT, el Sr. Jorge Luis Morelli interpuso demanda contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con el fin de que se deje sin efecto la exoneración de su empleo como camillero del Hospital Muñiz, y se ordene su inmediata reincorporación.

Manifiesta que se desempeñó como empleado público de la Ciudad desde el 15/9/1984, jamás tuvo sanción alguna y goza de muy buen concepto laboral.

Relata que estuvo detenido, con prisión preventiva, acusado de robo con uso de arma desde el 16/2/1996 hasta el 5/5/1999, y que el 1º/12/1999 volvió a trabajar nuevamente en el hospital hasta el 8/5/2001, fecha en la que fue detenido nuevamente para cumplir la condena que le fuera impuesta.

El 25/6/2003 le fue otorgada la libertad asistida, y el 1º/7/2003 fue reincorporado para trabajar nuevamente en el hospital, lo que hizo hasta el 2/8/2004, cuando fue notificado que se lo había exonerado.

Señala que no corresponde sanción alguna sino su reincorporación porque si no se lo condenaría dos veces por el mismo delito, cuando ya pagó su deuda con la sociedad. Además se afectaría en forma arbitraria su derecho a trabajar y a reinsertarse en la sociedad, particularmente teniendo en cuenta su edad (47 años) al momento de iniciar la demanda.

Asimismo, a todo evento afirma que no hubiera correspondido la exoneración sino la cesantía.

2. A fs. 62/67 contestó demanda el GCBA, y solicitó su rechazo.

Sostiene que el Secretario de Salud decretó la exoneración del actor debido a las faltas gravísimas acreditadas en el sumario administrativo, que había sido iniciado a fin de deslindar responsabilidades respecto de las inasistencias del agente.

Afirma que la exoneración fue decretada en virtud de lo dispuesto en el art. 37 de la ordenanza 40.401 —norma vigente a la fecha de los hechos, y concordante con el art. 49 de la ley 471—, que entre las causales de dicha medida contempla el

supuesto de ser condenado por delito de hurto, robo o haber perjudicado moral o materialmente a la administración.

Aduce que la condena definitiva que le impuso al accionante la justicia penal de Lomas de Zamora, consistente en la pena de siete años de prisión por robo agravado, importa un grave perjuicio moral para la Administración pública, por la desvalorización de su imagen ante lo contribuyentes de la Ciudad.

Señala que el art. 7º de la ley 471 no permite ingresar como personal de la Administración pública a quien hubiere sido condenado por delito doloso; analógicamente, tampoco puede permanecer dentro de los cuadros de la Administración quien incurriera en tal conducta, por estar comprendida dentro de las causales del art. 49 de la misma ley.

Resalta que la responsabilidad penal es diferente de la administrativa, por lo que no existe una doble condena por el mismo delito.

3. A fs. 112/117 la Sala II de la Cámara CAyT de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dictó sentencia, en la que declaró la nulidad de la exoneración cuestionada y ordenó la reincorporación del actor a sus tareas habituales bajo el cumplimiento de los requisitos legales vigentes a tal efecto, con costas por su orden.

Consideró que la reglamentación del concepto de idoneidad que realizan la ordenanza 40.401 y la ley 471, aplicada en la resolución cuestionada en autos, en cuanto sanciona con cesantía o exoneración al agente que sean condenado por un delito doloso, contradice la propia Constitución de la Ciudad, que en su art. 13, inc. 9º ordena erradicar toda normativa que implique un juicio de peligrosidad sin delito. De tal manera, privar de su empleo a un agente por haber cometido un delito doloso que no involucre directamente a la administración, obstaculiza la resocialización del individuo ya que determina un sistema de exclusión laboral para quienes hayan cumplido una condena.

Por otra parte, resaltó que el GCBA invocó como fundamento de la exoneración el art. 37, inc. b) de la ordenanza 40.401, concordante con el art. 49 inc. a) de la ley 471, que contempla como causal haber perjudicado moral o materialmente a la Administración o intereses municipales, en forma gravísima. Destaca que el único fundamento de la exoneración se relaciona con la condena penal, sin ponderar la idoneidad y buen desempeño laboral y cuánto y cómo influyó en el perjuicio alegado; y se pregunta qué afecta más la moralidad de la administración, si la reinserción en su trabajo de una persona que cumplió su condena penal o la estigmatización del agente por sus antecedentes criminales.

Asimismo, manifestó que el GCBA no aplicó el principio de retroactividad de la norma más favorable, vigente en el ámbito del derecho administrativo sancionador, ya que fundó la sanción en la ordenanza 40.401 en vez de hacerlo en la ley 471, norma que establece que la condena firme por delito doloso a lo sumo habilitaba a disponer la cesantía del agente (art. 48 inc. f), no una sanción mayor como la exoneración. Ello sin perjuicio de destacar el reproche constitucional que la norma merece.

4. A fs. 123/129 el GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad contra dicha sentencia, que fue contestado por el actor a fs. 134, y concedido por la Cámara a fs. 136/137, excepto en lo que se refiere a la invocación de las doctrinas de arbitrariedad y gravedad institucional.

5. A fs. 146/148 emitió su dictamen el señor fiscal general adjunto, quien propició se declare mal concedido el recurso de inconstitucionalidad.

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad fue correctamente concedido, ya que cumple los requisitos formales previstos en el art. 28 de la ley 402, se dirige contra una sentencia de carácter definitivo y, como veremos a continuación, plantea un genuino caso constitucional .

La Cámara, para este caso concreto, *i)* declaró implícitamente la inconstitucionalidad de las ordenanzas 40.401 y la ley 471, en cuanto imponen la cesantía o exoneración a aquellos agentes que hayan sufrido una condena penal por delito doloso, y *ii)* decretó la nulidad de la resolución que exoneró de su cargo al accionante con fundamento en dicha normativa y por considerar, además, que su conducta afectó la imagen de la Administración pública causándole un perjuicio grave.

De tal manera, se configura el presupuesto previsto en el art. 27 de la ley 402, ya que *i)* se declaró la invalidez de normas legales por ser contrarias a las constituciones nacional y local, y además *ii)* está en juego la interpretación del alcance y razonabilidad en el ejercicio de las facultades exclusivamente conferidas por la CCBA a los poderes legislativo y ejecutivo en cuanto a la reglamentación e implementación del régimen disciplinario que rige a los agentes públicos, así como también de distintos derechos y principios constitucionales que la Cámara estima vulnerados por dichas normas (principalmente, la regla del art. 13, inc. 9º CCBA). Todo ello amerita la intervención de este Tribunal en el marco del presente recurso de inconstitucionalidad.

2. Si bien el caso presenta características fácticas distintas al resuelto recientemente en "Pinto Barros, Diego Hernán c/GCBA s/impugnación actos administrativos s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 6602/09, sentencia del 4/11/2009, cabe destacar que algunos conceptos allí vertidos resultan igualmente aplicables al presente supuesto, como será expuesto a continuación.

3. Previo a todo, corresponde esbozar una breve reseña de las normas jurídicas aplicables al caso de autos.

La normativa que regula el régimen de empleo público local ha establecido, entre otras disposiciones, que corresponde la cesantía o exoneración para aquellos agentes que hayan sufrido una condena penal por delito doloso, ya que —según el criterio del legislador— no reunirían las condiciones de idoneidad requeridas para integrar la Administración pública.

El art. 37, inc. a) de la ordenanza 40.401, vigente al producirse los hechos motivo de la sanción, establece que será causa de exoneración "Ser condenado por delito de hurto, robo, estafa, defraudación, delito contra la Administración pública o delito que merezca pena infamante abusando de su condición de empleado público". Por su parte, el art. 48, inc. f) de la ley 471, vigente al momento de aplicarse la sanción, determina que será causal de cesantía "la condena firme por delito doloso" .

Asimismo, ambas normativas contemplan la sanción de exoneración para aquellas conductas de los agentes que perjudiquen gravemente a la Administración. En tal sentido, el art. 37, inc. b) de la ordenanza 40.401 establece que es causa de exoneración "haber perjudicado moral o materialmente a la Administración o intereses municipales, en forma gravísima", y el art. 49 inc. b) determina que constituye causal de exoneración la "falta grave que perjudique material o moralmente a la Administración".

4. Ahora cabe analizar si dichas normas implican per se el ejercicio ilegítimo de la facultad legislativa por parte del Parlamento local.

4.1. El art. 80, inc. 2.a) establece que la Legislatura de la Ciudad legisla en materia administrativa, de empleo y ética públicos. Esto implica que el legislativo es el órgano constitucionalmente competente para sancionar normas sobre esa temática, y por lo tanto está habilitado para reglamentar los requisitos para el acceso y permanencia en la función pública, así como también el régimen disciplinario aplicable a los agentes locales.

Por otra parte, el art. 14 C.N. establece que todos los habitantes de la Nación Argentina son "... admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad...". En similar sentido, el art. 43 CCBA dispone que la Ciudad garantiza un régimen de empleo público "...basado en la idoneidad funcional...".

La idoneidad, que constituye un requisito para el acceso y la permanencia en la función pública (conf. arts. 16 C.N. y 43 CCBA), comprende no solamente la aptitud técnica, sino también la moral y, en algunos casos, la económica (conf. Marienhoff, Miguel S., "Tratado de derecho administrativo", t. III-B, 4ª ed. act., nº 879, pp. 120/122, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998).

El concepto de "idoneidad funcional", al que se refiere el art. 43 CCBA, implica que los requisitos establecidos para el acceso y permanencia en un cargo público deben estar orientados a garantizar el normal y eficaz desempeño de la Administración, deben guardar una necesaria relación con tal finalidad. Dichos requisitos, conforme el carácter tripartito de la idoneidad, pueden referirse no solamente a la aptitud técnica, sino también la moral y la económica, pero siempre y cuando se cumple el fin detallado anteriormente.

Es decir, el legislador no está imposibilitado de establecer restricciones de índole moral para acceder y permanecer en un empleo público, pero siempre debe hacerlo para preservar el interés concreto de la Administración, y no de una presunta moral colectiva. En este sentido, el constituyente porteño consideró, en

el art. 57 CCBA, que aquellos sujetos procesados por delito doloso en perjuicio de la administración pública no puede ser designados en la función pública, y si lo están, deben ser separados sin más trámite.

Pero la expresa previsión del art. 57 CCBA no impide que el legislador porteño reglamente el concepto de idoneidad del art. 43 CCBA y determine otros requisitos adicionales para el acceso y permanencia en la Administración pública, además del citado.

En ejercicio de esta facultad, el legislador porteño sancionó la ley 471, como anteriormente lo había hecho mediante el dictado de la ordenanza 40.401, y dispuso que la condena por delito doloso, aunque éste no haya sido cometido en perjuicio directo de la Administración pública, constituye una causal de cesantía o exoneración —según la norma que se trate—, por entender que el agente público penado no reuniría las cualidades personales requeridas para ejercer la función pública.

4.2. Podemos concluir, entonces, *i)* que la Legislatura estaba habilitada constitucionalmente para reglamentar el régimen disciplinario aplicable a los empleados públicos locales, y en consecuencia determinar las causales de cesantía o exoneración (conf. art. 80, inc. 2.a CCBA), y *ii)* que en ejercicio de tal potestad no estaba limitada por lo dispuesto en el art. 57 CCBA, sino que podía establecer otros requisitos de idoneidad funcional, referidos a aptitudes técnicas, morales o económicas, necesarios para el acceso y permanencia en la función pública.

No se advierte, entonces, que contemplar como causal de cesantía o exoneración a la condena por delito doloso implique un exceso reglamentario que viole el art. 57 CCBA.

La instauración de dicha causal tampoco provoca automáticamente la violación del art. 13, inc. 9º CCBA, ya que dicha disposición prohíbe el dictado de cualquier norma que "...implique, expresa o tácitamente, peligrosidad sin delito, cualquier manifestación de derecho penal de autor o sanción de acciones que no afecten derechos individuales ni colectivos...". Como podemos apreciar, esta restricción se refiere a las normas de naturaleza penal o contravencional que se dicten, y por lo tanto no es aplicable directamente al ámbito del derecho administrativo disciplinario, que se rige por otras normas y principios, ello sin perjuicio de reconocer que la finalidad que inspira al art. 13 inc. 9º CCBA —evitar la estigmatización y penalización de determinados sujetos por el solo hecho de tener antecedentes criminales o ser considerados "peligrosos"— puede y debe ser tenida en cuenta por el Estado local en su actuación legislativa, administrativa y judicial, claro está con las particularidades de cada supuesto.

Tampoco se percibe una arbitrariedad manifiesta en la citada regulación, que afecte el principio de razonabilidad previsto en los arts. 28 C.N. y 10 CCBA. Y es que indagando el posible campo de aplicación de la norma, podemos visualizar algunos supuestos en los que el uso de la regla cumple eficientemente y sin generar perjuicios evitables la finalidad buscada —garantizar el regular funcionamiento de la Administración pública—, como ocurriría, por ejemplo, si se cesanteara del cargo como docente de educación inicial a un sujeto condenado por violación o abuso

sexual a menores de edad; allí podríamos advertir una proporcionalidad entre el fin buscado y el medio empleado,

En resumen: los arts. 37, inc. a) de la ordenanza 40.401 y 48, inc. f) de la ley 471 no son *per se* inconstitucionales, ya que no implican ni el ejercicio de una facultad por parte de un órgano incompetente, ni un exceso reglamentario, ni una manifiesta irrazonabilidad, ni una violación de los arts. 57 y 13, inc. 9º CCBA. Lo que resta dilucidar, entonces, es si la aplicación a este caso concreto de los arts. 37, incs. a) y b) de la ordenanza 40.401 —en concordancia con el art. 49, inc. a) de la ley 471— resulta legítima o ilegítima.

5. La resol. 1082/SS/04 (obrante a fs. 99/100 del expte. adm. 58.945/01) decidió la exoneración del accionante basándose exclusivamente, en cuanto antecedente de hecho, en la condena penal que le fuera impuesta a siete años de prisión, declarándolo reincidente, por resultar autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el empleo de arma —sentencia dictada el 30/6/1999 por la Sala Tercera de la Cámara de Apelación y Garantía en lo Penal del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, que confirmó la condena dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional Nº 6 del mismo Departamento—. Y respecto de los fundamentos jurídicos de la sanción, aplica automáticamente el art. 37, inc. a) de la ordenanza 40.401 y también considera que la conducta del actor altera el desarrollo de la prestación del servicio y la imagen pública de la Administración, lo que implicaría una falta grave que perjudica a la Administración, en los términos del art. 37, inc. b) de la ordenanza 40.401 y su concordante art. 49, inc. a) de la ley 471.

Ahora bien, lo que se advierte es una fundamentación dogmática en la resolución, sin atender a las particularidades del caso, que vicia de nulidad el acto por las graves falencias de su causa y, consecuentemente, de su objeto.

La exoneración de un agente es la máxima sanción contemplada en el régimen disciplinario local, y está prevista para conductas graves que justifican el apartamiento del cargo y le impiden al agente volver a ingresar a la Administración pública hasta tanto no sea dispuesta su rehabilitación (conf. art. 7º, inc. d de la ley 471). Por lo tanto, el acto que decide una exoneración debe fundamentar con detalle por qué se considera que la conducta reprochada justifica tal decisión.

La remisión automática a una condena penal recaída respecto de un hecho en el que no estuvo involucrada la Administración, no cumple los requisitos de fundamentación antes referidos, ya que no aclara por qué ello causa un perjuicio grave al Estado local y/o afecta el regular funcionamiento de la Administración. Tampoco es suficiente afirmar que la condena que sufrió el agente afecta la imagen de la Administración, ya que ello constituye una afirmación dogmática y general que no contempla las particularidades del caso.

El acto impugnado no explica por qué la probada conducta delictiva del accionante, de acuerdo a sus particularidades, permite presumir válidamente que el accionante no reuniría las condiciones personales requeridas para cumplir eficazmente su función de camillero del Hospital Muñiz.

Tampoco se han ponderado los elementos probatorios obrantes en las actuaciones administrativas, que acreditan, entre otras cuestiones, que la pena venció el 2/12/2003 (certificado de fs. 9 del expte. adm. 70.130/03), y que su concepto laboral como camillero del Hospital Muñiz, función que desempeña desde el 2/10/1991, es muy bueno en presentismo, puntualidad y dedicación en sus tareas (certificado del Hospital Muñiz fechado el 4/11/2003, obrante a fs. 83 del expte. adm. nº 58.945/01).

Como he dicho precedentemente, ello no significa que la Administración esté imposibilitada de cesantear o exonerar a un agente por haber sido condenado por un delito, pero debería argumentar fehacientemente por qué considera que la permanencia en su cargo del agente afectaría la normal prestación del servicio y perjudicaría moral o materialmente a la Administración. Lo que no puede hacer la Administración es transformar cualquier antecedente por delito doloso en un impedimento automático para permanecer en la función pública, como ocurrió en este caso.

En definitiva, y si bien por fundamentos diferentes a los desarrollados por la Cámara, considero que debe confirmarse la declaración de nulidad de la resol. 1082/SS/04 —que decidió la exoneración del accionante—, no porque se funde en normas inconstitucionales, sino porque dichas disposiciones fueron automática e incorrectamente aplicadas; y es que la fundamentación de la resolución resulta dogmática, insuficiente, y no pondera las particularidades del caso, lo que vicia irremediablemente la causa y el objeto del acto cuestionado.

6. Por último, en cuanto al agravio planteado por el recurrente, referido a que la Cámara habría sustituido a la Administración en la aplicación de normativa que sólo le corresponde a ella, invadiendo de esta manera la esfera de competencias exclusivas de la Administración, cabe desestimarlo porque parte de una visión rígida e inexacta del principio de división de poderes.

Que la Constitución local le haya conferido a la Legislatura y la Administración pública la reglamentación y aplicación de la potestad disciplinaria sobre los empleados públicos, no impide que el Poder Judicial, también en ejercicio de las competencias expresamente conferidas por el plexo constitucional, realice el control de legitimidad de los actos administrativos disciplinarios. Para un correcto funcionamiento del sistema republicano es imprescindible la existencia de frenos y contrapesos, y en tal sentido el rol que ocupa el Poder Judicial controlando la validez —y no la oportunidad, mérito o conveniencia— de los actos dictados por los poderes políticos, constituye una facultad imprescindible e irrenunciable, que naturalmente debe ser ejercida con prudencia.

Por lo tanto, resulta aplicable la doctrina sentada en numerosos fallos por este Tribunal, según la cual "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. nº 1891/02, "González, Jorge Esteban c/GCBA s/amparo", resolución del 11/12/2002, voto conjunto con los Dres. Ruiz, Muñoz y Maier).

7. Por la forma en que se resuelve, resulta innecesario expedirse respecto de las restantes cuestiones planteadas en autos —entre otras, si la resolución cuestionada debió aplicar la ordenanza 40.401 o bien la ley 471, a la luz del principio de retroactividad de la norma más favorable.

8. En virtud de lo expuesto, voto por rechazar el recurso de inconstitucionalidad deducido por el GCBA, con costas por su orden, habida cuenta que la existencia de disposiciones normativas que determinaban expresamente la cesantía o exoneración para supuestos como el presente, pudo motivar razonablemente al GCBA a continuar litigando en esta instancia (conf. art. 62, segundo párrafo, CCAyT).

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

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

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. El pronunciamiento impugnado declaró la nulidad de la exoneración del actor como empleado público por considerar que el art. 37 (incs. a y b) de la ordenanza 40.401, así como los arts. 48 (inc. f) y 49 (inc. a) de la ley 471, en los que la medida disciplinaria buscó apoyo, contravienen las disposiciones de los arts. 43 y 57 de la CCBA. En tales condiciones, como sostuvo el a quo, el conflicto entre la normativa local indicada y la CCBA configura una cuestión constitucional compleja directa, prevista entre las que habilitan la intervención del Tribunal, según lo dispone el art. 27 de la ley 402 (fs. 136/137).

Dentro de ese marco, corresponde recordar que el modo en que el recurrente expresa sus agravios no constituye un límite al momento de establecer la interpretación y alcance que cabe atribuir a los preceptos constitucionales en juego (conf. mi voto en "Buenos Aires Container Services S.A. c/GCBA s/recurso apel. jud. c/decis. DGR [art. 114 C.F.] s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5890/08, sentencia del 24/9/2008 y *mutatis mutandi Fallos*, 308:647 entre muchos otros).

2. Para poner en contexto los argumentos que estructurarán este voto, conviene recordar que la normativa que el a quo estimó lesiva de "garantías constitucionales del accionante" (fs. 117) fue interpretada, acorde a las reglas del control de constitucionalidad difuso, en relación con la desvinculación del actor, camillero en el Hospital Francisco J. Muñiz, como dependiente del demandado. A partir de esa situación fáctica corresponde analizar los agravios del GCBA orientados a defender la validez del acto que exoneró al Sr. Morelli "por haber sido condenado a la pena de siete años de prisión (…), declarándolo reincidente, por resultar autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el empleo de arma" (fs. 47).

3. Las previsiones legales mencionadas coinciden en imponer a los empleados públicos el deber de observar en el servicio y fuera de él una conducta decorosa y digna de la confianza que su función exige así como el de no perjudicar moral o materialmente a la Administración (incs. b de los arts. 6º y 37 de la ordenanza 40.401); además, en ellas, la condena por delito doloso configura una causal suficiente para disponer una medida segregativa (arts. 48, inc. f, y 49, inc. a, de la ley 471). La Sala II Cámara CAyT sostuvo que las normas mencionadas, para lo que ahora importa, abarcaban dos supuestos, por un lado, el de condena por delito doloso y, por otro, el de condena por delito contra la Administración pública. En relación con el último, la sentencia señala que el "...valladar establecido por los arts. 37, inc. a) de la ordenanza 40.401 y el art. 7º, inc. a) de la ley 471 (...) se encuentra en la restricción que la propia Constitución impone" en su art. 57, según el cual, "[n]adie puede ser designado en la función pública cuando se encuentra procesado por un delito doloso en perjuicio de la Administración pública.// El funcionario que fuese condenado por sentencia firme por delito contra la administración, será separado sin más trámite". En cambio, a criterio de la alzada, la condena por delito doloso contemplada como impedimento para acceder o mantener un empleo público, resultaría una prohibición más amplia que la prevista por el citado art. 57 de la CCBA. En esa línea sostuvo que "…ante el caso puntual del actor, las normas legales analizadas, en cuanto resultan reglamentación del texto constitucional en su art. 57, resultan excesivas al conculcar garantías constitucionales del accionante" (fs. 117). Además, tampoco se estimó posible calificar la mentada restricción como una reglamentación del art. 43 de la CCBA porque esa cláusula "...sólo requiere la constatación de la idoneidad funcional" (fs. 115 y vta.). Por otra parte, la Sala II sostuvo que la normativa impugnada contradice el art. 13, inc. 9º, que ordena erradicar toda normativa que implique un juicio de peligrosidad sin delito. Finalmente, también se destacó que "…los fundamentos esbozados en la motivación del acto que se cuestiona apuntan a la condena penal, sin ponderar su idoneidad y buen desempeño laboral y cuánto y cómo ello influyó en el perjuicio invocado" para exonerar al Sr. Morelli (fs. 116 vta.).

4. Antes de abordar el núcleo central de la cuestión constitucional debatida conviene despejar equívocos en torno a cuáles son, desde la perspectiva constitucional, las posibilidades disponibles para el legislador cuando regula el acceso al empleo público. La consagración de impedimentos para adquirir o mantener la condición de empleado público prevista de modo expreso en cláusulas de la CCBA genera que el legislador los contemple cuando establece el régimen de empleo público. En cambio, no es una consecuencia propia de tales previsiones impedir que la ley incluya otras prohibiciones de acceso o permanencia. Para estos supuestos, el límite no surge de las cláusulas relativas a impedimentos de rango constitucional, sino que proviene de las que regulan los derechos y garantías acordados por la CCBA. A su vez, la fuente de la potestad legal no está en el precepto constitucional relativo a la prohibición, sino en el que atribuye al legislador su competencia para emitir normas generales destinadas a hacer efectivo el ejercicio de los derechos y poderes

previstos en la Constitución, entre ellas, la de "empleo y ética pública" (art. 80, incs. 1º y 2º de la CCBA).

Afirmar que la normativa estimada inconstitucional por el *a quo*, constituye un supuesto de exceso reglamentario al desbordar las previsiones del art. 57 de la CCBA supone adoptar una lectura *contrario sensu* para demostrar, por esa vía, que las potestades del legislador se agotaban con la consagración del supuesto constitucionalmente enunciado. En otras palabras, que cuando el constituyente dispuso impedir la designación en la función pública de personas "procesad[as] por un delito doloso en perjuicio de la administración" correlativamente admitió —sin posibilidad alguna de regulación constitucionalmente válida en sentido diverso— el ingreso de todo aquel que no los registra y con prescindencia de cualquier otra condición que pudiera llegar a significar un perjuicio para la función pública. Las interpretaciones *a contrario sensu* no son admisibles cuando por su intermedio se pierde de vista la finalidad perseguida por el precepto sujeto a análisis y la regla que gobierna el asunto. En el caso, determinar el ámbito de competencia del legislador exige analizar en conjunto los arts. 43, 57 y 80 de la CCBA, mientras que la finalidad que no puede perderse de vista es el resguardo que se busca dar al adecuado desarrollo de las funciones estatales que ejecutan sus agentes. Bajo esas premisas, resulta acorde a la CCBA restringir el acceso al empleo público de los procesados por delitos dolosos en perjuicio de la administración, mientras que, sostener que esa es la única restricción posible carecería de respaldo pues, el resto de los impedimentos previstos por el legislador, serán o no válidos, en función de la relación que mantengan con la protección del normal desenvolvimiento de la función pública y el respeto de garantías como, por ejemplo, la de igualdad o las que protegen los arts. 19 y 28 de la C.N. El modo más práctico de ilustrar la idea es señalar que bajo la tesitura del exceso reglamentario, la Administración no podría impedir que una persona condenada por violación se desempeñe como preceptor en una escuela pública de enseñanza media. Empero, ello tampoco implica que ese u otro antecedente penal pueda operar automáticamente como causal de exclusión. Retomo el ejemplo utilizado para distinguir la diversa relevancia atribuible al antecedente por violación si la función pública en juego fuera, por hipótesis, operar un faro ubicado en un páramo deshabitado.

En realidad, la inconstitucionalidad de la normativa bajo análisis no deriva de que el legislador haya contemplado como impedimento un delito no previsto en el art. 57 de la CCBA. Esa tacha, conforme explicaré en lo que sigue, obedece al modo en que la normativa analizada fue aplicada mediante la resol. 1082/SS/04 que exoneró al actor.

5. En efecto, cuando las leyes restringen derechos el sacrificio que imponen debe guardar proporción con la satisfacción del fin perseguido. El mecanismo de control judicial, a ese respecto, pasa por analizar el grado de equilibrio que muestra el vínculo entre el impedimento legal y la consecución del interés general perseguido. El centro de equilibrio se desplaza, tanto cuando la restricción impuesta no es adecuada para proteger el bien común perseguido, como en aquellos otros supues-

tos en los que se prueba que ese objetivo puede lograrse mediante una afectación menor del derecho en juego. Así lo refleja la jurisprudencia de la CSJN que, en oportunidad de pronunciarse acerca de la constitucionalidad del derogado art. 26, inc. 4º del Cód. de Com., que vedaba la posibilidad de obtener la rehabilitación al comerciante fallido que no se hubiere inscripto en la matrícula, y habiendo considerado que "[...] la matrícula, […] está inspirada en propósitos de conservar una institución que responda a exigencias de interés general […]" así como que "[…] los derechos consagrados por el art. 14 de la Constitución a favor de todos los habitantes de la República están sujetos para su ejercicio a la reglamentación que dicte el Honorable Congreso, como lo dispone el mismo artículo […]", concluyó que "[...] la inteligencia atribuida a los arts. 25 y 26 del Cód. de Com., en el sentido de no poder el comerciante no matriculado conseguir jamás la rehabilitación para volver al ejercicio del comercio es de estimársela contraria a la cláusula del art. 14 de la Constitución que garante a todos los habitantes de la Nación el derecho de ejercer el comercio conforme a la ley que reglamenta su ejercicio, porque tal limitación así entendida, importa la supresión absoluta del derecho garantido a todos los habitantes y no tan solo una simple reglamentación al ejercicio de ese derecho [...]" (*Fallos*,129:235). Bajo idéntica perspectiva, la sentencia registrada en *Fallos,* 326:3142, al analizar el sistema de acceso a licencias de radiodifusión, reglamentario del derecho a expresarse libremente y de asociarse, señala que tal regulación "...no puede ser arbitraria y excluir de un modo absoluto, sin sustento en un criterio objetivo razonable, a determinadas personas jurídicas de la posibilidad de acceder a una licencia".

Además, el examen debe ser especialmente cuidadoso cuando, como en el caso, la restricción no pesa sobre todas las personas por igual sino particularmente sobre un grupo reducido y presumiblemente débil. Dicho de otro modo, cuando constituye para los integrantes de ese grupo una privación del derecho que asiste, en cambio, a la generalidad del pueblo. En tales supuestos "...es necesario asegurarse que no se trate de una pena, o bien que estén cumplidos a su respecto los recaudos constitucionales de sanción de esta especie. Escoger la clase de pena, y el hecho que la acarrea, es, en materia de delitos, atribución del Congreso, circunstancia que fulmina aquélla que proviene de órganos locales. A su vez, y en verdad en un estadio lógicamente previo, las penas deben ser determinadas en oportunidad de la condena. No pueden sobrevenirla, puesto que ello constituiría una violación del *non bis in idem* tutelado por la C.N. y la CCBA. Cualquiera de estas razones sería suficiente para establecer la inconstitucionalidad de las reglas *sub examine*, si las restricciones tuvieren naturaleza penal, esto es, si fuesen previstas por el legislador por considerar éste que quienes cometen la clase de hechos contemplados en la ley 2148 las merecen (conf. mi voto en "Pérez, Ariel c/GCBA s/amparo [art. 14 CCBA] s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4888/06, sentencia del 21/3/2007).

6. La normativa impugnada, para pasar el cartabón de racionalidad cuya verificación exige el art. 28 de la C.N., al ser aplicada debe mostrar una relación

directa entre el apartamiento del Sr. Morelli de su actividad (camillero del Hospital Francisco J. Muñiz) y un correcto desempeño en el ejercicio de las funciones a él encomendadas como agente público. Mirado por su contra cara, el asunto exige acreditar que, por las características propias de las tareas asignadas, ellas no deberían encomendarse al actor.

El recurrente, se limita a sostener que "…las conductas de los agentes públicos y las Sanciones que en su caso se aplican se encuentran reservadas prioritariamente a la misma Administración, ya que sobre ella pesa la responsabilidad de establecer las calidades que debe reunir su personal conforme el servicio público que se presta y juzgar su conducta en cada caso particular" y que la sentencia impugnada "…corrige el criterio del legislador al establecer limitaciones a su decisión de separar del empleo a quienes incurren en la comisión de delitos, facultad que no es discrecional, sino que se encuentra impuesta por la ordenanza 40.401, art. 37 y la ley 471" (126 vta. y 127 vta.). Sin embargo, no aporta ninguna prueba que permita inferir el vínculo establecido entre el antecedente doloso y el resguardo de la prestación de los servicios involucrados en este caso concreto. A esa orfandad se suma la omisión de atribuir algún significado al informe valorado por el a quo según el cual en su desempeño como camillero "…el concepto laboral es muy bueno en presentismo, puntualidad y dedicación en sus tareas" (fs. 114).

Lo anterior, no implica perder de vista que el legislador enfrenta la compleja misión de dictar normas generales y abstractas para un universo de casos que serán alcanzados por ellas, y muchas veces con información irremediablemente limitada. Sin embargo, el GCBA no ha suministrado una explicación mínima acerca de las razones que llevan a vincular el antecedente penal del actor con el normal desempeño de la función a su cargo. El acto que exoneró al actor no explicó cómo la conducta pasada del Sr. Morelli, en el caso concreto y acorde a la prueba disponible, brindaría apoyo objetivo a la presunción de que ella podría afectar el normal desarrollo de la función a él encomendada. Ello así, al punto que en el acto administrativo en cuestión ni siquiera se consigna cuál era la función desempeñada por el agente. En tal contexto, el modo en que se aplicó la prohibición legal adquiere un alcance que, en el caso, no quedó justificado.

En efecto, el dato del pasado, para brindar apoyo objetivo a restricciones presentes, debería mostrar cómo el comportamiento valorado tendría aptitud para poner en riesgo el normal desarrollo de las funciones encomendadas al actor como camillero de un hospital dependiente del GCBA.

Por tanto, en el supuesto que nos ocupa, era necesario que el recurrente mostrara una causa y motivación adecuadas en la resol. 1082/SS/04 para establecer cuáles eran las pruebas que permitirían acreditar que la integridad física o moral de quienes asisten al Hospital Muñiz podría quedar amenazada o, si tal situación no se ponía en debate, surgía, de todo modos, y en relación con la protección de la propiedad, la necesidad de explicar por qué el control habitual en materia disciplinaria

sería insuficiente para garantizar el correcto desarrollo de la actividad del actor. La ausencia de toda argumentación al respecto impide considerar que la morigeración del sacrificio provocada por la declaración parcial de inconstitucionalidad de la normativa impugnada resultaría inadecuada para brindar la protección buscada en el ámbito de la contratación pública que nos ocupa.

Ello así, transformar todo antecedente por delito doloso automáticamente en un impedimento para acceder a la función pública puede, como en el caso que nos ocupa, provocar que la aplicación del régimen legal cuestionado resulte desproporcionada en relación a los fines allí perseguidos. El normal desarrollo del empleo negado al actor no ha sido relacionado con las medidas restrictivas dispuestas de modo tal que, estas últimas, logren superar el control de racionalidad (art. 28 C.N.).

En realidad, "...ni siquiera el temor, abrigar el cual es siempre peligroso (lo sabio no es el miedo sino el cuidado), de que el actor tenga propensión a repetir conductas basta en el caso para suponer menoscabo para la función pública" (conf. en sentido análogo mi voto en "Pérez...." ya citado). A su vez, todo lo dicho, torna innecesario practicar un análisis más riguroso acerca de los elementos que permitirían, a partir de la comisión de ciertos hechos en el pasado, presumir la de otros en el futuro en desmedro de, en este caso, la función pública. Entiendo, pues, que en esta controversia la aplicación de las previsiones establecidas en la normativa cuestionada, contraviene las reglas analizadas a lo largo del voto.

7. A esta altura, vale destacar que el control del ejercicio de los poderes para reglamentar derechos debe ser especialmente cuidadoso cuando aquello en lo que se ve limitado el individuo afectado es la posibilidad de desplegar un servicio personal para ganarse la vida, y más aún cuando ese servicio es de calificación relativamente baja. Ello así, porque dificultar el acceso al trabajo tiene un impacto gravísimo en la vida de cualquiera y más aún en la resocialización de quienes alguna vez merecieron un reproche penal (conf. mi voto en "Pérez..." ya citado).

8. En suma, los argumentos desarrollados no desconocen la posibilidad de que el legislador incluya todos los requisitos que estime apropiados para regular el acceso y permanencia en la función pública sin que, en ese aspecto, el art. 57 de la CCBA agote las posibilidades disponibles (punto 3 de este voto). Por su intermedio, tampoco se niega que la normativa analizada u otra pueda, válidamente, restringir el acceso o permanencia en la función pública en supuestos de reconocible conexidad entre la causal impeditiva y el interés público comprometido, o cuando sea la autoridad de aplicación la que demuestra esa relación. En cambio, lo que se reputa inconstitucional en este pelito es que sin verificarse alguna de las situaciones mencionadas, se excluya automáticamente del empleo público al actor porque registra antecedentes por la comisión de un delito doloso. Así, en el aspecto bajo análisis, el margen de discrecionalidad que puede asistir a la Administración, conlleva, sin embargo, el deber de desplegar las medidas necesarias para formarse un juicio de

valor que le permita ponderar los intereses públicos y privados involucrados en la decisión. Para aplicar la prohibición legal bajo estudio, la autoridad competente, deberá llevar adelante las acciones necesarias a fin de verificar si existe, en cada caso, peligro para el normal desempeño de la función pública comprometida. Incluso en el que nos ocupa, la posibilidad que asiste a la Administración de instar la ruptura del vínculo laboral, dependerá de la observancia de los recaudos apuntados que, conforme quedó dicho en el punto 6 de estos fundamentos, no aparecen cumplidos por la resol. 1082/SS/04.

En consecuencia, por las razones dadas y oído el señor fiscal general adjunto, voto por rechazar el recurso de inconstitucionalidad impetrado por el GCBA; con costas por su orden pues el recurrente pudo estimar que le asistía razón para recurrir (art. 62, CCAyT).

El juez José O. Casás dijo:

1. Coincido con lo expresado por mis colegas, en cuanto concluyen que los agravios planteados por el GCBA configuran un caso constitucional.

2. También comparto los desarrollos brindados en los votos precedentes que explican con sobrada suficiencia que los fundamentos brindados por la Cámara en la sentencia objetada no resultan hábiles para abastecer su conclusión —declaración de nulidad de la exoneración cuestionada por la parte actora.

El argumento básico que descalifica la sentencia recurrida ha sido señalado con suma claridad en el punto 4 del voto del juez Luis F. Lozano, y a él me remito para evitar reiteraciones sobreabundantes: "La consagración de impedimentos para adquirir o mantener la condición de empleado público prevista de modo expreso en cláusulas de la CCBA genera que el legislador los contemple cuando establece el régimen de empleo público. En cambio, no es una consecuencia propia de tales previsiones impedir que la ley incluya otras prohibiciones de acceso o permanencia. Para estos supuestos, el límite no surge de las cláusulas relativas a impedimentos de rango constitucional, sino que proviene de las que regulan los derechos y garantías acordados por la CCBA".

Desde esta perspectiva, la ley que contempla como recaudo de idoneidad para impedir el acceso y permanencia en el empleo público un delito no previsto en el art. 57 de la CCBA no resulta de por sí inconstitucional, lo que conduce a afirmar que la decisión cuestionada por el GCBA no constituye una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias comprobadas de la causa.

Parece oportuno recordar que una Constitución, al menos por regla, se caracteriza por su concisión, en tanto allí, en la norma fundamental, se deben expresar los principios rectores de una sociedad sin un espíritu de detalle, con lo cual es a todas luces razonable que los requisitos de idoneidad para el acceso y permanencia en el empleo público sean reglamentados por las disposiciones que expida el Poder

Legislativo en ejercicio de sus competencias [conf. art. 80, inc. 2º a), CCBA]. Al respecto se pueden recordar, a mayor abundamiento, las enseñanzas del gran jurista tucumano Juan Bautista Alberdi, quien recomendaba: "Para no tener que retocar o innovar la Constitución, reducidla a las cosas fundamentales, a los hechos más esenciales del orden político" (conf. *Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina*, 4ª ed., capítulo XXXIV: "Continuación del mismo asunto. Política conveniente para después de dada la Constitución", pp. 253 y ss., en particular p. 260, Plus Ultra, Buenos Aires, 1981).

3. En este caso concreto, entonces, resulta en principio legítimo que —de conformidad con las leyes vigentes que reglamentan el empleo público—, la Administración valore la idoneidad para continuar en el cargo de uno de sus agentes, frente al dictado de una condena de siete años de prisión y la declaración de reincidencia que recayeron por considerárselo autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el empleo de arma —pronunciamiento del 30/6/1999 dictado por la Justicia de la provincia de Buenos Aires.

Ahora bien, toda vez que para expedirse acerca de la legitimidad del acto administrativo que dispuso la exoneración del actor resulta necesasario ingresar en la valoración de hechos y pruebas que, por la forma en que se decidió el caso, en rigor, todavía no han sido tenidos debidamente en cuenta por los jueces de mérito, entiendo que corresponde devolver el expediente para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo que aquí se decide.

En consecuencia, en mi concepto, corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad deducido por el GCBA, revocar la sentencia dictada por la Sala II Cámara CAyT y devolver el expediente a la Cámara para que se dicte un nuevo fallo. Costas a la vencida (art. 62, CCAyT).

Así lo voto.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con costas en el orden causado.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva.

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

XLI

"COMPAÑÍA SUDAMERICANA DE GAS SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA (COSUGAS S.R.L.) S/SAC —OTROS— RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL EN: 'COMPAÑÍA SUDAMERICANA DE GAS S.R.L. S/INFR. ART(S.) 2.1.15, ZANJAS Y POZOS EN LA VÍA PÚBLICA —LEY 451'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL. RECURSO DE QUEJA: Requisitos.

SUMARIOS:

1. El recurso extraordinario en análisis debe ser denegado porque está dirigido contra una decisión de la "Cámara de Apelaciones", sin que quepa suponer que esa mención constituye un modo materialmente erróneo de referirse a este Tribunal, puesto que no existe decisión emitida por él. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren las señoras juezas Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

2. A pesar de la errónea denominación utilizada por el recurrente en su escrito y en la carátula adjunta al recurso (conforme la acordada 4/07 de CSJN), la articulación procesal que pretendía ser una queja contra la decisión que denegó la concesión del recurso de inconstitucionalidad deducido contra una sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas carece del cumplimiento de los requisitos propios, comunes y formales básicos para su tratamiento (art. 33, y concs., ley 402). *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. SAPCyF nº 7001/09 - 17/3/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Dr. Luis Adolfo Franch, en representación de la firma "Compañía Sudamericana de Gas" S.R.L., realizó ante el Tribunal una presentación cuyo encabezado indica "Deduce recurso extraordinario federal" (fs. 3/22). En su escrito, expresó "[q]ue vengo a deducir formal recurso extraordinario federal contra la resolución de V.E. mediante la cual se ha confirmado la de fecha (…) 1º/12/2009, mediante la cual se denegó la concesión del recurso de inconstitucionalidad deducido por esta parte contra la sentencia dictada por aquél Tribunal de alzada en fecha 22/9/2009" (fs. 3).

2. El señor fiscal general adjunto, al contestar el traslado conferido, expresó que el Tribunal debía declarar inadmisible el recurso "fundamentalmente porque la resolución cuestionada no fue dictada por el máximo tribunal de la causa —conf.

art. 14 de la ley 48—, que en el ámbito local es el Tribunal Superior de Justicia" (fs. 26).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

El recurso en análisis debe ser denegado porque, conforme expone en el punto IV del escrito, está dirigido contra una decisión de la "Cámara de Apelaciones", sin que quepa suponer que esa mención constituye un modo materialmente erróneo de referirse a este Tribunal, puesto que no existe decisión emitida por él. En tales condiciones, la sentencia recurrida no emana del superior tribunal de la causa en los términos de la doctrina sentada *in re* "Di Mascio" (*Fallos,* 311:2478) ni este Tribunal es el estrado en que debe articular el recurso. Consecuentemente, voto por denegar el recurso extraordinario interpuesto.

Las juezas Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde dijeron:

Adherimos al voto del señor juez de trámite, Dr. Luis F. Lozano.

El juez José O. Casás dijo:

De estarse al encuadre efectuado por el presentante de la pieza procesal agregada a fs. 1/22 —recurso extraordinario federal para ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, art. 14, ley 48—, tal como lo afirman el señor juez de trámite y el señor fiscal general adjunto, se encuentra ausente en el *sub examine* un pronunciamiento del superior tribunal de la causa (art. 14, ley federal 48), esto es, una decisión de este estrado (arts. 107 y 113, CCBA; art. 7º, ley 7 y 33, ley 402).

Si por lo contario, y a pesar de la denominación utilizada por el recurrente y la carátula adjunta (conforme la acordada 4/07 de CSJN), la articulación procesal pretendía ser una queja contra la decisión que denegó la concesión del recurso de inconstitucionalidad deducido contra una sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas (fs. 5/6, punto II.12 y III) carece del cumplimiento de los requisitos propios, comunes y formales básicos para su tratamiento (art. 33, y concs., ley 402).

Por las razones expuestas, corresponde rechazar el recurso articulado.

Así lo voto.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal agregado a fs. 3/22.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

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

XLII

"CINCO EME S.R.L. S/SAC —OTROS— QUEJA POR RECURSO DE APELACIÓN DENEGADO EN: 'RESPONSABLE CINCO EME S.R.L. S/INFR. ART(S). 4.1.1.2, HABILITACIÓN EN INFRACCIÓN —LEY 451'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Depósito.

SUMARIOS:

1. Corresponde rechazar el recurso de queja deducido ante este Tribunal contra la sentencia de Cámara que rechazó un recurso de apelación, si no se interpuso contra esta última el recurso de inconstitucionalidad cuya denegatoria, en las condiciones en que se encuentran reguladas las vías recursivas, es la decisión que hubiese sido la pasible de ser impugnada mediante queja (arts. 113.4 *in fine* CCBA y 33 LPTSJ). *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren las señoras juezas Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

2. Toda vez que el presentante ha incitado la actividad del Tribunal a pesar de no haber acertado en las secuencias procesales, corresponde intimar al cumplimiento de la integración del depósito previsto en el art. 34, LPTSJ pues el recurrente no se encuentra dentro de los sujetos exentos por la ley de tasa judicial (nº 327), ni ha acreditado haber obtenido o iniciado un beneficio de litigar sin gastos. *(Voto del señor juez José O. Casás)*.

Expte. SAPCyF nº 6809/09 - 17/3/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El letrado patrocinante de la firma Cinco Eme S.R.L. presentó ante el Tribunal un escrito con el encabezamiento "Recurso de queja por apelación denegada" (fs. 29/36).

La firma, al resumir los antecedentes del caso, relató que la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas rechazó el recurso de apelación que había intentado contra la condena impuesta en primera instancia y sostuvo que ésa es la decisión que pretende atacar mediante recurso directo (fs. 29 y 30 vta.).

2. El señor fiscal general adjunto, al contestar la vista conferida (fs. 40), propuso que la queja interpuesta sea declarada inadmisible. Señaló que la decisión que agravió a la firma mencionada no era atacable mediante el remedio intentado, sino a través de recurso de inconstitucionalidad aunque, agregó, tal posibilidad ya no era viable en tanto venció el plazo legal para interponerlo. En consecuencia, agregó, la decisión de la Cámara adquirió firmeza.

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Responsable Cinco Eme S.R.L. interpuso una queja ante este Tribunal contra la sentencia de Cámara que rechazó su recurso de apelación. Sin embargo, no muestra haber interpuesto contra esta última el recurso de inconstitucionalidad cuya denegatoria, en las condiciones en que se encuentran reguladas las vías recursivas —normativa no cuestionada por el recurrente—, es la decisión que, en lo que ahora importa, hubiese sido la pasible de ser impugnada mediante queja. En consecuencia, el recurso intentado debe ser rechazado (arts. 113.4 *in fine* CCBA y 33 LPTSJ).

2. Intímese al recurrente a que cumpla con la integración del depósito previsto en el art. 34 LPTSJ.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Adhiero al voto del señor juez de trámite, Dr. Luis F. Lozano.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al punto 1 del voto del señor juez de trámite, Dr. Luis F. Lozano.

El juez José O. Casás dijo:

Por los fundamentos expuestos en el punto 1 del voto del señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano, voto por declarar inadmisible la presentación agregada a fs. 29/36 (conf., en el mismo sentido, lo resuelto por este Tribunal *in re* "Empresa Distribuidora y Comercializadora Norte S.A. s/queja por recurso de apelación denegado en: 'Empresa Distribuidora y Comercializadora Norte S.A. s/inf. art(s). 4.1.1.2, Habilitación en infracción —ley 451—'", expte. nº 6731/09, resolución del 2/3/2010).

En consecuencia, y toda vez que el presentante ha incitado la actividad del Tribunal a pesar de no haber acertado en las secuencias procesales, corresponde intimar al cumplimiento de la integración del depósito previsto en el art. 34, LPTSJ pues el recurrente no se encuentra dentro de los sujetos exentos por la ley de tasa judicial (nº 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 CISA —causa 459-CC/00— s/recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado", expte. nº 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 Nº 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Oniszczuk, Carlos Alberto y Márquez, Sandra Rosana s/ley 255 —apelación—'", expte. nº 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 Nº 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,

en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. VII/B, pp. 950 y ss.).

Así lo voto.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja interpuesto.

2º. *Intimar* al recurrente para que en el término de cinco días integre el depósito exigido por el art. 34 de la ley 402.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan estas actuaciones a la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

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

XLIII

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'MORALES, HERNÁN PABLO S/INF. ART. 189 BIS —C.P.— (RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD)'"

RECURSO DE QUEJA: Caso constitucional. Interpretación de normas infraconstitucionales. Acuerdo entre la defensa y la acusación. REINCIDENCIA: Derecho de defensa. Sistema acusatorio.

SUMARIOS:

1. El pronunciamiento de primera instancia, confirmado por la Cámara, entendió que la declaración de reincidencia se encontraba incluida, de forma implícita, dentro de lo acordado en el convenio que celebraron la defensa y la acusación en el marco del art. 231 del CPP y homologó el acuerdo con ese alcance. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde).*

2. El agravio vinculado con la falta de consentimiento por parte del imputado en lo relativo a la declaración de reincidencia y la vulneración del derecho de defensa debe ser rechazado, ya que el vicio que se achaca al convenio tal como fue interpretado y homologado por el juez, sólo podría servir como argumento para la

anulación del acuerdo en su totalidad, lo que no alega haber solicitado y no cabe presumir implícito, porque de ello podría deducirse un perjuicio para el imputado, evaluación que corresponde a él y a su defensa técnica realizar. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. El planteo subsidiario de inconstitucionalidad del art. 50 del C.P. en cuanto establece el instituto de la reincidencia no puede ser atendido, pues según la interpretación que hicieron del convenio los jueces de mérito, éste incluía, implícitamente, la declaración de reincidencia, y en esas condiciones, el imputado no puede pretender la anulación parcial de ese convenio al que se sometió voluntariamente alegando la inconstitucionalidad de una norma. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. La "reincidencia" es una imposición legal (art. 50, C.P.) y precisamente por ello no puede ser objeto de acuerdo o transacción entre las partes en el procedimiento previsto en el art. 231, CPP CABA, pues no es materia disponible, como tampoco podrían serlo el marco o la especie de pena establecidos por el legislador nacional para el delito que se imputa. *(Voto de la señora* jueza Ana María Conde).

5. El "acuerdo" que pueden celebrar la Fiscalía y la defensa —frente a la confesión del hecho y el reconocimiento de culpabilidad por parte del imputado— se circunscribe a la "determinación de la pena", que, a criterio de las partes, le correspondería por el delito concreto que se ventila en el ámbito local, acuerdo al que se arriba sólo si el imputado consiente que se omita la recepción de la prueba tendiente a acreditar su culpabilidad, libremente confesada; con la salvedad de que si no se llegara a un acuerdo sobre ese único punto negociable, esto es, el monto de pena, el debate continuará a tal efecto. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. El acuerdo celebrado entre la defensa y la acusación no desapodera al magistrado de su facultad jurisdiccional de determinar en su decisorio las consecuencias legales accesorias que corresponde adicionar a la sentencia condenatoria, entre ellas: la declaración de reincidencia o el decomiso de los bienes con los que se cometió el delito (arts. 50 y 23, C.P.), en el supuesto de que corresponda su imposición. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

7. La declaración de reincidencia no constituye una pena (art. 5º, C.P.) y tampoco es una consecuencia que agrave las penas, sino que ella implica una valoración objetiva de la situación del imputado frente al orden jurídico, para ajustar el tiempo y la forma en la cual eventualmente se podrá autorizar una distinta modalidad de egreso del establecimiento carcelario, esto es, se trata una valoración judicial acerca de si corresponde o no que un imputado obtenga un beneficio o agote íntegramente su condena. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

8. La defensa técnica no denunció de manera alguna —al margen de su planteo subsidiario de inconstitucionalidad, introducido recién con el recurso de apelación— la inexactitud o desacierto de los informes de antecedentes recabados con respecto al imputado, la consideración en torno al tiempo que estuvo privado de libertad en cumplimiento de la condena previa o al tiempo transcurrido desde que aquella condena fue impuesta, extremos, todos ellos, que si se hubieran controvertido ante los jueces de mérito —seguramente— hubieran generado un debate algo más profundo —sobre aspectos de hecho y prueba— que aquel que se le dio a su planteo estrictamente constitucional. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

9. El recurso de queja no logra aportar fundamentos sólidos que permitan desvirtuar los argumentos que llevaron al tribunal *a quo* a denegar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto pues no ha logrado plantear una cuestión constitucional en torno a la interpretación que los jueces de mérito hicieran de las circunstancias del caso y las normas de derecho procesal local y común aplicadas en la especie. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

10. No se explica fundamentada y solventemente en el recurso por qué razón el "sistema acusatorio" en el que también pretende ampararse el recurrente abarcaría la posibilidad de que el fiscal y el acusado impidan al juez la declaración de reincidencia cuando se dan los supuestos para que así lo haga; esto es, la posibilidad de disponer de dicho instituto a través de un acuerdo que deje de lado las pautas y consecuencias establecidas por el legislador en el Código Penal. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

11. Existe lesión constitucional al derecho de defensa del imputado derivado del modo en el que fue llevada a cabo la negociación sobre la pena entre la Fiscalía y la defensa oficial, por lo que corresponde admitir la queja y hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

12. Cualquiera sea la opinión que puede merecer tanto la actuación de la defensa y de la Fiscalía cuanto la del juez, lo cierto es que la omisión de toda referencia a la declaración de reincidencia (en la propuesta del fiscal, en la aceptación de la defensa o en la actuación del juez que solo advirtió respecto de la multa), no puede recaer sobre el imputado. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

13. La declaración de reincidencia sin que le fuera advertida previamente, le impidió al imputado evaluar en su totalidad los efectos que derivaban del acuerdo en función del cual reconoció la existencia del hecho y confesó su culpabilidad; la inclusión en la condena de una consecuencia adicional a la pena sorprendió al imputado, quien, según surge de las actuaciones, había prestado su conformidad sólo respecto de la sanción única impuesta. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. SAPCyF nº 6808/09 - 17/3/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La defensa de Pablo Hernán Morales interpuso recurso de queja (fs. 59/73) contra la decisión de la Sala II de la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas (fs. 48/52) que, por mayoría, declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad agregado a fs. 27/45. Dicho recurso fue presentado contra la decisión de la misma Sala de fecha 23/6/2009 (fs. 21/25) que, también por mayoría, confirmó el punto III de la sentencia del juez de primera instancia, de fecha 5/3/2009, que declara reincidente al condenado.

2. En su recurso de inconstitucionalidad, la defensa sostuvo que la decisión atacada lesionaba el sistema acusatorio y el derecho de defensa en juicio porque confirmaba una decisión que, dictada en el marco del procedimiento previsto en el art. 231, CPP ("Omisión de pruebas"), había sobrepasado la pena acordada con la Fiscalía. En este sentido, afirmó que la declaración de reincidencia no había sido objeto de contradicción. Además, señaló que el imputado fue sorprendido por ese punto de la condena y que se había violado la prohibición de la *reformatio in pejus* porque la declaración de reincidencia supone la imposición de una condena más severa de la que había sido pactada. Sobre esta cuestión, también indicó que el CPP impide expresamente imponer una sanción más grave que la solicitada por la Fiscalía o la acordada con la defensa.

Subsidiariamente, sostuvo que la figura de la reincidencia lesiona el principio de culpabilidad por el hecho y la garantía del *ne bis in idem*.

3. La Sala II, por mayoría, declaró inadmisible el recurso intentado porque entendió que sólo reeditaba los agravios presentados en la apelación y, asimismo, exponía la simple discrepancia con los fundamentos del fallo (fs. 48/52).

4. El fiscal general adjunto, al contestar la vista conferida (fs. 88/91), propició el rechazo de la queja. Sostuvo, para fundar su propuesta, que la defensa no presentaba un caso de competencia del Tribunal, sino que sólo reeditaba los planteos formulados en la apelación y manifestaba su disenso con una decisión judicial adversa.

Indicó que la declaración de reincidencia en el caso resulta una imposición legal. Además, señaló que el imputado no pudo haberse sorprendido con ese punto de la condena porque la Fiscalía había solicitado la declaración de reincidencia en el requerimiento de juicio.

Sobre la alegada inconstitucionalidad de la figura de la reincidencia, argumentó que el planteo había sido introducido tardíamente —en la apelación— porque, reiteró, la Fiscalía ya había solicitado la aplicación del art. 50, C.P., al momento de requerir la realización del juicio. Sin embargo, también se expidió sobre el fondo del planteo. Expuso, al respecto, que no considera que la reincidencia lesione normas de rango constitucional. Se remitió a los argumentos que expuso al dictaminar en el expediente "Lemes" (expte. nº 4603/06) y, en este sentido, remarcó que el principio de culpabilidad no está en juego cuando se trata de fijar consecuencias jurídicas derivadas de una conducta y que, además, el sistema jurídico vigente no permite considerar "derechos en expectativa para cuando [un sujeto] cometa delitos". Apuntó, en la misma línea argumental, que tampoco está involucrada la prohibición de doble juzgamiento porque en este proceso no se ha vuelto a valorar la conducta que motivó la condena anterior.

Por último, también descartó que la sentencia atacada por la defensa resultara arbitraria.

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Los jueces de mérito poseen, en forma privativa como principio, la facultad de interpretar las pretensiones de las partes, lo que en el *sub judice* importa también la de interpretar el convenio celebrado entre la defensa y la acusación en el marco del art. 231 del CPP. En ese contexto, el pronunciamiento de primera instancia, confirmado por la Cámara, entendió que la declaración de reincidencia se encontraba incluida, de forma implícita, dentro de lo acordado y homologó el acuerdo con ese alcance. La defensa no logra demostrar que esta conclusión sea arbitraria. Para ello, los jueces encontraron apoyo en la letra del art. 50 del C.P., por lo además, con relación a la posición de la Fiscalía, quedó corroborado por la postura sostenida por ese Ministerio Público en las presentación posteriores realizadas en el expediente. Estas razones son las que llevan a descartar los agravios relacionados con la vulneración del sistema acusatorio y la existencia de una *reformatio in pejus* en atención a que no tienen relación directa con los cuestionamientos realizados por la defensa a la sentencia en crisis.

En el mismo sentido se pronunciaron los jueces de Cámara, tanto los que integraron la mayoría como la disidencia. Los primeros, al entender, al igual que la Fiscalía, que la declaración de reincidencia no era una cuestión pasible de ser transada y que, por lo tanto, no podía realizarse una homologación que no la incluya dentro del acuerdo. Por su parte, el voto en disidencia sostuvo que el vicio en el consentimiento del imputado "…impone anular el acuerdo que se instrumenta a fs. 75/76 y el fallo condenatorio dictado en consecuencia (arts. 71 y ss. del CPP CABA)", es decir que entendió que la anulación de la sentencia acarreaba la nulidad del convenio *in totum* y no solamente de la declaración de reincidencia.

2. También debe ser rechazado el agravio vinculado con la falta de consentimiento por parte del imputado en lo relativo a la declaración de reincidencia y la vulneración del derecho de defensa. El recurrente viene solicitando lo que entiende sería la anulación parcial de la sentencia que homologó el acuerdo, sólo en cuanto lo declara reincidente. Sin embargo, el vicio que achaca al convenio tal como fue interpretado y homologado por el juez, sólo podría servirle como argumento para la anulación del acuerdo en su totalidad, lo que no alega haber solicitado y no cabe presumir implícito, porque de ello podría deducirse un perjuicio para el imputado, evaluación que corresponde a él y a su defensa técnica realizar. La sentencia que viene siendo objeto de impugnación no impone las penas, sino que homologa el acuerdo, que es de donde surge la condena, por lo que, a diferencia de lo que sucede cuando es el juez el que aplica las sanciones, no puede dejarse en pie parcialmente, pues ello implicaría alterar los términos del convenio en aspectos que la recurrente no muestra sean escindibles y, por ende, supondría avanzar sobre las voluntades requeridas para arribar al acuerdo.

3. El planteo subsidiario de inconstitucionalidad del art. 50 del C.P. en cuanto establece el instituto de la reincidencia tampoco puede ser atendido por los argumentos expuestos en los puntos precedentes. Según la interpretación que hicieron del convenio los jueces de mérito, éste incluía, implícitamente, la declaración de reincidencia. En esas condiciones, el imputado no puede pretender la anulación parcial de ese convenio al que se sometió voluntariamente alegando la inconstitucionalidad de una norma. Como dije, el convenio es uno y sus consecuencias inescindibles entre sí; de aceptar una nulidad parcial, el Tribunal vendría a reconstruir la voluntad de sus suscriptores.

Por las razones expuestas, voto por rechazar la queja obrante a fs. 59/73.

La jueza Ana María Conde:

1. La queja fue interpuesta ante este Tribunal en tiempo y forma, pero no puede prosperar por los argumentos que se exponen a continuación.

El recurrente sostiene que la declaración de reincidencia, impuesta de oficio por el juez de primera instancia en su sentencia y sin que fuera objeto de contradicción entre las partes, en el marco del acuerdo consumado en los términos del art. 231, CPP CABA ("omisión de pruebas"), lesionó el principio acusatorio y el derecho de defensa en juicio del Sr. Morales. La denuncia del recurrente acerca de la existencia de ese supuesto vicio procesal sólo puede ser examinada en esta oportunidad, porque, una vez firme esta sentencia, la defensa no podrá reeditar el agravio según el cual la decisión fue el producto de un proceso violatorio de reglas constitucionales ("Martínez", sentencia del 3/10/2005); reedición que, de acuerdo al criterio sostenido por el Tribunal ("Lemes", sentencia del 19/6/2006), sí podría tener lugar con respecto al planteo subsidiario de inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia, en el supuesto de que se le deniegue su libertad anticipada por haberle sido impuesta esta accesoria; denegación que, aun cuando hubiese sido resuelta en autos (fs. 58), no es la que ha venido recurrida por esta vía, ni la defensa demuestra que dicho rechazo se apoyara de manera directa en la existencia de la declaración resistida.

Así entendida la cuestión, en autos el esforzado recurrente sólo busca objetar el modo como apareció la declaración de reincidencia y no cuestionó la declaración en sí misma, por ejemplo, porque resultaba inaplicable al caso concreto, al no darse los extremos legales exigidos para su procedencia (art. 50, C.P.), pues ningún desarrollo argumentativo se encaró en tal sentido, más allá de aquel que resultaría prematuro y que podrá ser repropuesto ante este estrado en el caso de que surta algún efecto concreto y determinante. Ahora bien, el modo como ha quedado reducida la discusión y la manera como han sido presentados los agravios por el recurrente me persuaden acerca de la inexistencia de las lesiones denunciadas, pues, en el punto que corresponde analizar, no se alcanza a refutar suficientemente los motivos expresados por la Cámara —ni en el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, ni en la decisión que aquél buscó rebatir—, circunstancia que sella la suerte de esta presentación.

En líneas generales, comparto la afirmación de los jueces de la Sala II que formaron mayoría en la causa, en cuanto a que la "reincidencia" es una imposición legal (art. 50, C.P.y precisamente por ello no puede ser objeto de acuerdo o transacción entre las partes en el procedimiento previsto en el art. 231, CPP CABA, pues no es materia disponible, como tampoco podrían serlo el marco o la especie de pena establecidos por el legislador nacional para el delito que se imputa ("Aldao", sentencia del 24/10/2007; y *mutatis mutandi* "Vázquez", sentencia del 7/5/2007). Conforme a lo que se desprende de esta norma procesal local el "acuerdo" que pueden celebrar la Fiscalía y la defensa —frente a la confesión del hecho y el reconocimiento de culpabilidad por parte del imputado— se circunscribe a la "determinación de la pena", que, a criterio de las partes, le correspondería por el delito concreto que se ventila en el ámbito local, acuerdo al que se arriba sólo si el imputado consiente que se omita "la recepción de la prueba tendiente a acredita[r]" su culpabilidad, libremente confesada; con la salvedad de que si no se llegara a un acuerdo sobre ese único punto negociable, esto es, el monto de pena, "el debate continuará" a tal efecto. Este procedimiento simplificado, más allá de su acierto o error, no constituye una oportunidad para negociar los hechos ni puede significar una renuncia tácita del juez a su deber de aplicar la ley y la Constitución (art. 106, CCBA). En este sentido, el "acuerdo" no desapodera al magistrado de su facultad jurisdiccional de determinar en su decisorio las consecuencias legales accesorias que corresponde adicionar a la sentencia condenatoria, entre ellas: la declaración de reincidencia o el decomiso de los bienes con los que se cometió el delito (arts. 50 y 23, C.P.) en el supuesto de que corresponda su imposición.

Se trata, tal y como lo sostienen los colegas del tribunal *a quo*, de una obligación impuesta por la ley y la defensa técnica no podía desconocerla, al margen de que ella fuera anunciada o no en el requerimiento de juicio por la Fiscalía y luego no fuera objeto de contradicción durante la negociación de la medida de pena que llevaron a cabo. Es necesario recordar, aun a riesgo de contestar aspectos que escapan a la discusión actual, que el Tribunal ya ha dicho que la declaración de reincidencia no constituye una pena (art. 5º, C.P.) y tampoco es una consecuencia que agrave las penas, sino que ella implica una valoración objetiva de la situación del imputado frente al orden jurídico, para ajustar el tiempo y la forma en la cual eventualmente se podrá autorizar una distinta modalidad de egreso del establecimiento carcelario, esto es, se trata una valoración judicial acerca de si corresponde o no que un imputado obtenga un beneficio o agote íntegramente su condena ("Lemes", sentencia del 28/6/2007). En consecuencia, no es posible conceder seriedad al argumento según el cual el encartado, al haber sido declarado reincidente "de oficio" en su sentencia de condena, se habría visto sorprendido o que no habría podido evaluar y/o comprender la totalidad de las consecuencias que derivaban del acuerdo, en función del cual confesó su culpabilidad, toda vez que la aplicación directa de este instituto —si corresponde en la causa— no es el resultado de una decisión unilateral del órgano acusador ni el producto de la negociación —o exclusión deliberada— que las partes puedan realizar sobre aquél, sino que proviene de la ley que incumbe

aplicar al magistrado y cuya ignorancia no cabe predicar. Tampoco se puede, a mi criterio, indicar al juez de primera instancia como el responsable de que no le haya anunciado al Sr. Morales su obligación de resolver sobre la declaración de reincidencia, como sí lo habría hecho con relación a la pena de multa que habrían omitido considerar las partes en el acuerdo, porque, por lo expuesto, en un caso esa consideración era materia jurisdiccional no disponible (arts. 40, 41 y 50, C.P.), mientras que, en el otro, en principio, podía ser objeto de negociación, en lo que a la medida de aquella multa se refería (art. 231, CPP CABA).

Sin perjuicio de lo expresado hasta aquí, considero que es importante indicar que la aplicación de la ley a un caso concreto (en el presente caso: la aplicación del art. 50, C.P.) depende de la interpretación que los jueces hagan de ella y de la ponderación que aquéllos efectúen acerca de los elementos y circunstancias que se entienden acreditadas y no proviene de una traslación mecánica sobre la cual resulte innecesario cualquier tipo de debate. En esta causa, la defensa técnica no denunció de manera alguna —al margen de su planteo subsidiario de inconstitucionalidad, introducido recién con el recurso de apelación— la inexactitud o desacierto de los informes de antecedentes recabados con respecto al imputado, la consideración en torno al tiempo que estuvo privado de libertad en cumplimiento de la condena previa o al tiempo transcurrido desde que aquella condena fue impuesta, extremos, todos ellos, que si se hubieran controvertido ante los jueces de mérito —seguramente— hubieran generado un debate algo más profundo —sobre aspectos de hecho y prueba— que aquel que se le dio a su planteo estrictamente constitucional. Por lo demás, si el recurrente entendía que esta declaración, frente al hecho no controvertido en el caso de que fuese aplicable la reincidencia, se impuso violentando su debido proceso legal, porque no fue materia de contradicción —o sustanciación—, la defensa bien pudo incoar una reposición para forzar una respuesta y un debate sobre los puntos que interpretaba omitidos en el razonamiento del juez de primera instancia (arts. 273 y 277, CPP CABA) y no conformarse con la interposición de un recurso de apelación y con la opinión que la Cámara tuvo al respecto.

2. Por lo expuesto, entonces, voto por rechazar la queja.

El juez José O. Casás dijo:

1. Comparto la solución propuesta por los señores jueces doctor Luis F. Lozano y doctora Ana María Conde.

Pese a los esfuerzos de la defensa, la queja no logra aportar fundamentos sólidos que permitan desvirtuar los argumentos que llevaron al tribunal *a quo* a denegar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto pues no ha logrado plantear una cuestión constitucional en torno a la interpretación que los jueces de mérito hicieran de las circunstancias del caso y las normas de derecho procesal local y común aplicadas en la especie.

2. En definitiva, los planteos que se formulan contra la declaración de reincidencia "de oficio" por parte del juez de la causa tras un acuerdo de "omisión de

prueba" (art. 231, CPP) reconocen dos vertientes. La primera obedece a irregularidades o vicios procesales que, se dice, habrían tenido lugar en este procedimiento. La segunda, de carácter general, está vinculada con la alegada inconstitucionalidad del instituto previsto en el art. 50, C.P. en tanto pondría en juego los principios de culpabilidad por el hecho y *ne bis in idem*.

Con relación a la primera de estas cuestiones, el planteo debe rechazarse por cuanto al desarrollar la pretendida afectación al derecho de defensa en juicio (derecho a ser oído), señalando lo que denomina una vulneración a la prohibición de la *reformatio in pejus*, la defensa omite individualizar de forma pormenorizada y circunstanciada el contenido de las defensas de las que, según denuncia, no habría podido valerse. En ese sentido, en ninguno de los recursos interpuestos se ha argumentado que no correspondía la aplicación al caso del art. 50, C.P. (p. ej., nada se dijo en torno a los informes de antecedentes recabados respecto del imputado, al tiempo que estuvo privado de libertad en cumplimiento de una condena previa, o el lapso transcurrido desde que aquella anterior condena fuera impuesta). En consecuencia, tampoco se explica fundamentada y solventemente por qué razón el "sistema acusatorio" en el que también pretende ampararse el recurrente abarcaría la posibilidad de que el fiscal y el acusado impidan al juez la declaración de reincidencia cuando se dan los supuestos para que así lo haga; esto es, la posibilidad de disponer de dicho instituto a través de un acuerdo que deje de lado las pautas y consecuencias establecidas por el legislador en el Código Penal.

El segundo planteo, por su parte, es improcedente pues resulta, a través de esta vía recursiva, extemporáneo por prematuro. Ello es así por cuanto nada obsta a que de hacerse efectivo el gravamen derivado de la declaración de reincidencia que se impugna, la defensa realice los planteos recursivos pertinentes que deberán ser atendidos por las instancias de mérito y, llegado el caso, también por este estrado. La defensa señala en su queja que el agravio denunciado sería actual en razón de una decisión de primera instancia —distinta a la que aquí se viene recurriendo— por la que se denegó, por diversas razones, la libertad condicional a Morales. Sin embargo, es en relación con aquella decisión que se debió o se deberá, de estimarlo pertinente, efectuar el planteo del agravio que aquí se invoca (véase, entre otros, "Lemes, Mauro Ismael s/inf. art. 189 bis C.P. apelación— s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4603/06 y su acumulado "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. nº 4602/06, sentencia del 19/7/2006).

Por lo expuesto, corresponde rechazar la queja agregada a fs. 59/73.

3. Finalmente, toda vez que el imputado ha obtenido el beneficio de litigar sin gastos en estas actuaciones, no corresponde reclamar el depósito que exige el art. 34, LPTSJ (véase fs. 93/95).

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La queja fue interpuesta ante el Tribunal, por escrito, en tiempo oportuno y critica adecuadamente el auto denegatorio que ataca.

A diferencia de lo sostenido por la mayoría de la Sala II, entiendo que el recurso de inconstitucionalidad expone un caso constitucional —vinculado a la lesión del derecho de defensa en juicio— que sólo puede ser resuelto en esta etapa del proceso.

El recurrente sostiene que la declaración de reincidencia, impuesta de oficio, lesionó el derecho de defensa del imputado, en la medida en que como lo denunciara existe un vicio en el procedimiento a través del cual se arribó a una sentencia condenatoria que, como tal, sólo puede ser discutido antes de que esa decisión adquiera firmeza. Y ello porque si, una vez firme la sentencia recurrida, el Sr. Morales solicitara la libertad condicional y el magistrado denegara la petición sobre la base de que fue declarado reincidente, su defensor ya no podría invocar que la condena fue producto de un procedimiento violatorio de las reglas constitucionales que enuncia.

Por ello, corresponde hacer lugar a la queja y analizar el recurso de inconstitucionalidad intentado.

2. Para resolver el caso traído a decisión de este Tribunal es importante señalar que la sentencia condenatoria, cuyo punto III (declaración de reincidencia del condenado) es objeto de recurso por la defensa, fue dictada en el marco del procedimiento previsto en el art. 231, CPP CABA, conocido como "omisión de pruebas".

Como surge del acta de debate, al comienzo de la audiencia la defensa manifestó que entendía adecuado estar a lo previsto en el art. 231, CPP CABA, razón por la cual, luego de que el imputado manifestara que se hacía responsable del hecho imputado y reconociera su culpabilidad, el magistrado interviniente invitó a la Fiscalía a proponer la pena que estimaba adecuada al caso.

El fiscal interviniente informó que había llegado a un acuerdo con el defensor, por lo que solicitaba que se le impusiera la pena de un año de prisión, pero dado que Morales tenía una condena anterior a una pena única de 7 años y 9 meses entendían que utilizando el método composicional se podría establecer una pena única de 8 años y 1 mes.

Seguidamente, el juez advirtió a las partes que la nueva calificación legal efectuada por la Fiscalía al iniciarse la audiencia (tenencia, en lugar de portación, de arma de fuego de uso civil sin autorización) preveía la imposición de la pena de prisión más la de multa, por lo que el acusador y la defensa solicitaron un cuarto intermedio para acordar la medida de la sanción de multa. Reanudada la audiencia, la Fiscalía manifestó que al ser la multa una imposición legal no se podía apartar del Código Penal por lo que entendía entonces que la pena sería de un año de prisión con una pena única de 8 años y 1 mes y $ 1.000 de multa, con costas. Tras un cuarto intermedio el señor juez dictó la sentencia y condenó al imputado a la pena que había sido pactada entre la Fiscalía y la defensa. Además, para lo que ahora

interesa, lo declaró reincidente (fs. 1/2), pues, según sostuvo, del legajo respectivo surgía que el Sr. Morales había cumplido encierro como condenado respecto de parte de la pena única que le impusiera el Tribunal Oral en lo Criminal Nº 24 en la causa 1730, motivo por el cual correspondía declararlo reincidente de conformidad con lo dispuesto por el art. 50, C.P. (fs. 6 vta.).

3. Como fue señalado en los "Resulta", la defensa en su recurso de inconstitucionalidad denuncia que la declaración de reincidente de su asistido fue inválida, porque la condena se había apartado de las reglas del CPP CABA que impiden a los jueces imponer una sanción más severa que la solicitada por la Fiscalía en el juicio común o la acordada con la defensa en el instituto conocido como "avenimiento" (arts. 249 y 266, CPP CABA, respectivamente).

Sostuvo asimismo que la declaración de reincidencia de oficio afectó el principio acusatorio y el derecho de defensa del imputado, quien se vio sorprendido por ese punto de la condena, toda vez que la declaración de reincidencia no había sido solicitada por la Fiscalía ni había sido objeto del acuerdo sobre la determinación de la pena celebrado entre la defensa y la Fiscalía en los términos del art. 231, CPP CABA.

4. El modo en el que fue llevada a cabo la negociación sobre la pena entre la Fiscalía y la defensa oficial en este caso en concreto, me convencen de la existencia de una lesión constitucional al derecho de defensa del imputado, según expondré a continuación.

5. Cualquiera sea la opinión que puede merecer tanto la actuación de la defensa y de la Fiscalía cuanto la del juez, lo cierto es que la omisión de toda referencia a la declaración de reincidencia (en la propuesta del fiscal, en la aceptación de la defensa o en la actuación del juez que sólo advirtió respecto de la multa), no puede recaer sobre el imputado. En el caso, se puede afirmar que la declaración de reincidencia sin que le fuera advertida previamente, le impidió evaluar en su totalidad los efectos que derivaban del acuerdo en función del cual reconoció la existencia del hecho y confesó su culpabilidad. Con otras palabras, la inclusión en la condena de una consecuencia adicional a la pena sorprendió al imputado, quien, según surge de las actuaciones, había prestado su conformidad sólo respecto de la sanción única impuesta.

6. Por las razones expuestas, y dado que ya no es posible anular toda la condena y reenviar para que se celebre un nuevo acuerdo sobre la determinación de la pena, pues existe en el caso cosa juzgada parcial (en tanto la condena fue recurrida sólo por la defensa y únicamente respecto del punto III), voto por hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad y, de conformidad con lo dispuesto por el art. 31, 2º párrafo, de la ley 402, voto por dejar sin efecto la decisión de la Cámara dictada el 23/6/2009 y, en consecuencia, por revocar el punto III de la sentencia de primera instancia que declara reincidente a Hernán Pablo Morales.

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. 59/73.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique a la Fiscalía, a la defensa y personalmente al imputado, mediante oficio ley 22.172, y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

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

XLIV

"IGLESIAS, JOSÉ ANTONIO Y OTROS C/GCBA S/EJECUCIÓN DE SENTENCIAS C/AUT. ADM. S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

ACUERDO CONCILIATORIO: Homologación judicial.

Expte. SACAyT nº 6622/09 - 23/3/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

El GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 269/280 vta.) contra la sentencia de la Sala II de la Cámara CAyT obrante a fs. 264/265 vta., que fue concedido parcialmente a fs. 295 y vta.

A fs. 310/311 el juez de trámite dispuso la producción de ciertos informes. Posteriormente citó a las partes a una audiencia (fs. 383). El 25/2/2010 tuvo inicio la audiencia que continuó —tras un cuarto intermedio— el 4/3/2010, ocasión en la cual las partes las partes arribaron a un acuerdo conciliatorio que fue firmado durante la audiencia, y cuya homologación judicial solicitaron (fs. 407/410).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

En atención al contenido de las cláusulas del convenio agregado a fs. 408/409 y al desistimiento expreso del recurso de inconstitucionalidad efectuado por el GCBA como parte integrante del mismo —conf. punto sexto: "El GCBA desiste de los recursos de inconstitucionalidad contra las decisiones recurridas ante el Tribunal Superior de Justicia, que corresponden a los catorce incidentes de ejecución de sentencia..."—, corresponde homologar el acuerdo alcanzado, admitir el desistimiento del recurso que tramita en autos y devolver las actuaciones al Juzgado de Primera Instancia que interviene en el caso, en atención a lo establecido en el punto séptimo del convenio.

Los jueces Alicia E. C. Ruiz, Ana María Conde y Luis F. Lozano dijeron:

Adherimos al voto del juez Dr. José O. Casás.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Homologar* el acuerdo realizado entre el Sr. Ministro de Educación, el Sr. Procurador General Adjunto a cargo de la Procuración General de la Ciudad y el Ministerio Público Tutelar, y, en consecuencia, tener por desistido al GCBA del recurso de inconstitucionalidad que tramita en este incidente.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y oportunamente, se devuelva al Juzgado de Primera Instancia.

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

En el mismo sentido: exptes. nº 6637/09 "Iglesias, José Antonio y otros c/GCBA s/ejecución de sentencias contra aut. adm. s/recurso de inconstitucionalidad concedido"; nº 6638/09 "Iglesias, José Antonio y otros c/GCBA s/ejecución de sentencias contra aut. adm. s/recurso de inconstitucionalidad concedido"; nº 6639/09 "Iglesias, José Antonio y otros c/GCBA s/ejecución de sentencias contra aut. adm. s/recurso de inconstitucionalidad concedido"; nº 6641/09 "Iglesias, José Antonio y otros c/GCBA s/ejecución de sentencias contra aut. adm. s/recurso de inconstitucionalidad concedido"; nº 6642/09 "Iglesias, José Antonio y otros c/GCBA s/ejecución de sentencias contra aut. adm. s/recurso de inconstitucionalidad concedido"; nº 6643/09 "Iglesias, José Antonio y otros c/GCBA s/ejecución de sentencias contra aut. adm. s/recurso de inconstitucionalidad concedido"; nº 6644/09 "Iglesias, José Antonio y otros c/GCBA s/ejecución de sentencias contra aut. adm. s/recurso de inconstitucionalidad concedido"; nº 6646/09 "Iglesias, José Antonio y otros c/GCBA s/ejecución de sentencias contra aut. adm. s/recurso de inconstitucionalidad concedido"; y nº 6649/09 "Iglesias,

José Antonio y otros c/GCBA s/ejecución de sentencias contra aut. adm. s/recurso de inconstitucionalidad concedido", del 23/3/2010 y; nº 6640/09 "Iglesias, José Antonio y otros c/GCBA s/ejecución de sentencias contra aut. adm. s/recurso de inconstitucionalidad concedido"; nº 6645/09 "Iglesias, José Antonio y otros c/GCBA s/ejecución de sentencias contra aut. adm. s/recurso de inconstitucionalidad concedido"; nº 6648/09 "Iglesias, José Antonio y otros c/GCBA s/ejecución de sentencias contra aut. adm. s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y nº 6669/09 "Iglesias, José Antonio y otros c/GCBA s/ejecución de sentencias contra aut. adm. s/recurso de inconstitucionalidad concedido", del 29/3/2010.

XLV

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'OTTO, NORA ELENA C/GCBA S/REVISIÓN DE CESANTÍAS O EXONERACIONES DE EMPLEADOS PÚBLICOS'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional. EMPLEO PÚBLICO: Cesantía. Reincorporación del agente. Cuestiones de hecho y prueba. ARBITRARIEDAD DE SENTENCIA: Concepto. Alcances.

SUMARIOS:

1. Si bien en el recurso de inconstitucionalidad oportunamente deducido y en la queja que ahora lo sostiene la recurrente ha manifestado su disconformidad con la decisión de la Cámara CAyT que declaró la nulidad del acto administrativo que dispuso la cesantía de la actora y ordenó su reincorporación como agente del GCBA, en ninguna oportunidad efectuó una crítica concreta y fundada del razonamiento central contenido en la sentencia que la agravia. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véanse votos de las señoras juezas Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde).*

2. La mera enunciación de principios y preceptos constitucionales, sin un adecuado desarrollo que los vincule con las cuestiones debatidas en el proceso, carece de entidad para que se considere que la controversia trató sobre la interpretación o aplicación de normas contenidas en la Constitución (art. 113, inc. 3º, CCBA), más aún si las cuestiones que fueron objeto de tratamiento se vincularon exclusivamente al examen de aspectos de hecho y prueba y al control judicial de legalidad de un acto administrativo local. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. La invocación de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia no puede tener favorable acogida si los argumentos esgrimidos no logran demostrar que haya mediado un apartamiento inequívoco de las normas que rigen el caso o una absoluta carencia de fundamentación y únicamente evidencian la disconformidad de la

demandada con la valoración efectuada por el tribunal *a quo* de aquellas cuestiones de hecho y prueba vinculadas a los sucesos que dieron lugar la sanción expulsiva. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

4. La causal de arbitrariedad de sentencia no puede constituir una vía oblicua para exponer agravios que no involucren razones constitucionales, sino un remedio excepcional para que el TSJBA 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).*

Expte. SACAyT nº 6740/09 - 23/3/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Nora Elena Otto interpuso recurso judicial de revisión en los términos del art. 464 del CCAyT con el objeto que se declarase la nulidad de la resol. 1372-SS-03, del día 7/7/2003, mediante la cual se dispuso su cesantía como empleada del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, GCBA) y que se ordenase su reincorporación al cargo de Jefa de Sección de Enfermería que desempeñaba en el Hospital Neuropsiquiátrico José T. Borda de esta Ciudad (fs. 1/7 vta.).

En primer lugar, señaló que correspondía tener por habilitada la instancia judicial puesto que la aludida resol. 1372-SS-03 no le había sido debidamente notificada —dado que en aquella diligencia no se informó si estaba agotada la vía ni se indicaron los recursos que podía interponer contra el acto administrativo en cuestión, como lo exige el art. 60 de la LPA—. En consecuencia, sostuvo que el recurso de reconsideración interpuesto en sede administrativa debía considerarse presentado dentro del plazo legal y que la resol. 0719-SS-04 que lo había considerado como una denuncia de ilegitimidad debía ser declarada nula.

En otro orden de ideas, relató que el día 27/10/1999 su hijo debió ser operado en el sanatorio Anchorena por una craneopatía por traumatismo craneoencefálico grave y que, por ese motivo, había solicitado licencia. Expresó que el día 1º/10/1999 concurrió a su trabajo para presentar el talón nº 109.694 —en el que figuraban concedidos trece días de licencia— y que se reincorporó a prestar tareas una vez vencido tal plazo. Sin embargo, con posterioridad se le informó que había una diferencia entre los días de licencia asentados en el talón y los que surgían de la planilla expedida por la Dirección de Medicina del Trabajo del GCBA (en la que figuraban solamente tres días de licencia) y, por esa razón, le fueron descontados diez días de su salario y se le inició un sumario administrativo (expte. nº 18.245/00), que originó la sanción de cesantía.

Destacó que en ningún momento sospechó que el documento hubiese estado adulterado y que nada le hubiese impedido solicitar una nueva licencia para el cui-

dado de un familiar enfermo, en atención a que las normas vigentes a ese momento preveían un plazo de hasta veinte días con goce de haberes por esa causal.

Finalmente sostuvo que si bien la resol. 1372-SS-03 dispuso su cesantía con fundamento en el art. 36, incs. c, f y k, de la ordenanza 40.401 y en los arts. 48, inc. e, y 10, incs. a y c, de la ley 471, por haber pretendido justificar inasistencias laborales mediante la presentación ante la Oficina de Personal de la repartición donde prestaba servicios (Hospital Borda) una constancia de licencia médica presuntamente adulterada, en el sumario administrativo no quedó comprobado: *a)* que el talón de licencias nº 109.694 presentado por la actora hubiese sido efectivamente adulterado, ya que se utilizó la expresión "presuntamente adulterado"; ni *b)* que la actora hubiese cometido la presunta adulteración. Por ello, a su criterio, el acto administrativo resultaba nulo y debía ser dejado sin efecto.

2. La Sala II de la Cámara CAyT tuvo por habilitada la instancia judicial y corrió traslado del recurso de revisión interpuesto, el que fue contestado por el GCBA a fs. 8/11. En esa oportunidad, la demandada sostuvo que el acto administrativo impugnado resultaba irreprochable y que, en consecuencia, correspondía desestimar la pretensión deducida.

3. Oportunamente, el tribunal *a quo* resolvió: "*I.* Hacer lugar a la demanda incoada por la actora y, en consecuencia, declarar la nulidad de la resol. 1372-SS-03. *II.* Disponer la reincorporación de la agente Nora Elena Otto. *III.* Imponer las costas a la demandada vencida (art. 62 del CCAyT)" (fs. 12/18 vta.).

Para así decidir, sostuvo que el acto administrativo impugnado resultaba nulo por cuanto la normativa invocada por la demandada para dar sustento a la resolución impugnada revestía una multiplicidad y vaguedad tal que impedía conocer fehacientemente cuál había sido, en concreto, el fundamento legal para dictar la cesantía. En particular, la Sala II Cámara CAyT destacó que "...el GCBA entre las causales de la cesantía invocó la establecida en el art. 36 inc. k) de la ordenanza 40.401, esto es, 'faltar a la verdad o producir declaraciones o informes falsos con el propósito de obtener beneficios indebidos en perjuicio del erario municipal'. Con relación a este punto (...) si efectivamente se le endilgó a la accionante la conducta de faltar a la verdad, (...) tal imputación no se encuentra debidamente probada ya que, tal como se desprende de la compulsa de las actuaciones, no se logró acreditar que la Sra. Otto supiera que el talón presentado podría estar adulterado, por lo que mal puede imputársele esa actitud.// A su vez, respecto de la segunda causal establecida en el artículo, esto es, la producción de declaraciones o informes falsos, cabe destacar que de la pericia caligráfica realizada en sede penal se concluyó que no surge la intervención del puño y letra de la actora en el mencionado talón" (fs. 15 vta.). En este punto, el *a quo* agregó que de las constancias de la causa surgía que la actora poseía excelentes antecedentes y puntaje diez (10) respecto al desempeño de sus tareas, así como también desarrollaba importantes funciones dentro del hospital donde trabajaba, por lo que tampoco se podía comprender cuáles habían sido

las "faltas reiteradas en el cumplimiento de sus tareas", otro de los fundamentos esgrimidos en el acto segregativo impugnado.

Asimismo destacó que "el GCBA dio por sentado que el talón en cuestión habría sido efectivamente adulterado por el hecho de no coincidir la cantidad de días consignados en las planillas internas con la constancia presentada en la oficina de personal, y, en consecuencia, no produjo prueba alguna al respecto, cuando en realidad podría haber ocurrido un error al momento de volcar los datos en las referidas planillas. En este sentido, cabe destacar que la propia administración no consideró acreditado tal hecho, ya que manifestó en el acto administrativo impugnado que el comprobante habría sido 'presuntamente adulterado'"(fs. 16). Y concluyó "(d)e esta forma el acto impugnado carece de causa por falta de presupuesto fáctico, circunstancia que necesariamente repercute en la motivación del acto que se fundó exclusivamente en la presunción de que la actora conocía la adulteración del talón de licencia" (fs. 16 vta.).

Finalmente el *a quo* destacó que, a la hora de resolver el sumario administrativo, "se ignoraron, a su vez, las múltiples circunstancias atenuantes del caso, como su particular situación personal, su falta de antecedentes y su excelente concepto laboral, ... que la actora había pedido licencia para atender a su hijo gravemente enfermo a raíz de un accidente que le había ocasionado una craneopatía por traumatismo craneoencefálico grave, y que tenía además otros siete (7) hijos que atender" (fs. 17), lo que confirmaba que la cesantía de la agente Otto no se encontraba fundada.

4. Contra aquella decisión, el GCBA planteó un recurso de inconstitucionalidad (fs. 19/23). Corrido el traslado de ley, que fuera contestado por la parte actora a fs. 24/28, la Sala II Cámara CAyT lo declaró formalmente inadmisible (fs. 30/32).

5. La demandada interpuso recurso de queja contra esa decisión (fs. 34/42 vta.). Requerido su dictamen, el señor fiscal general adjunto consideró que la queja debía ser rechazada en atención a que la demandada no había logrado plantear un caso constitucional que habilite la instancia extraordinaria local (fs. 61/63).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por el GCBA a fs. 34/42 vta. no podrá prosperar en atención a que la parte demandada no ha logrado articular un caso constitucional en los términos del art. 113, inc. 3º, de la CCBA que habilite esta instancia recursiva extraordinaria.

2. En primer lugar, corresponde señalar que si bien en el recurso de inconstitucionalidad oportunamente deducido y en la queja que ahora lo sostiene la recurrente ha manifestado su disconformidad con la decisión de la Sala II de la Cámara CAyT que declaró la nulidad del acto administrativo que dispuso la cesantía de la actora y ordenó su reincorporación como agente del GCBA, en ninguna oportunidad ha

efectuado una crítica concreta y fundada del razonamiento central contenido en la sentencia que la agravia; esto es, que la resol. 1372/GCBA/SS/03 intentó encontrar sustento en una multiplicidad de normas que impidió vislumbrar con nitidez cuál fue en concreto la conducta de la actora que motivó el reproche y la consiguiente sanción expulsiva, y que, por su parte, los hechos que le fueron endilgados —haber pretendido justificar inasistencias presentando una constancia de licencia médica presuntamente adulterada— no quedaron debidamente probados en el sumario administrativo de marras.

Así entonces, dado que la recurrente no ha rebatido todos y cada uno de los fundamentos en que se han apoyado los jueces para arribar a las conclusiones que la agravian, no se ha dado satisfacción al requisito de debida fundamentación que corresponde exigir al recurso (conf. doctrina de *Fallos,* 283:404; 302:155; 311:169, 542; 314:481, 1440, 1626; 315:325; 316:420; 325:2652, 326:2056; entre muchos otros, aplicable *mutatis mutandi* al recurso de inconstitucionalidad local).

3. Por otra parte, si bien la demandada ha invocado la vulneración del principio de separación y equilibrio de los poderes y de la forma republicana de gobierno (arts. 1º, C.N. y 1º, CCBA), de su derecho de defensa en juicio y de la garantía del debido proceso (arts. 18, C.N. y 13, inc. 3º, CCBA) y, finalmente, de la garantía de inviolabilidad de la propiedad (art. 17, C.N.), no ha efectuado un desarrollo argumental tendiente a conectar las aludidas normas con las puntuales cuestiones suscitadas en las presentes actuaciones.

Así las cosas, la mera enunciación de estos principios y preceptos constitucionales, sin un adecuado desarrollo que los vincule con las cuestiones debatidas en el proceso, carece de entidad para que se considere que la controversia trató "sobre la interpretación o aplicación de normas contenidas en la Constitución" (art. 113, inc. 3º, CCBA). Máxime, teniendo en cuenta que las cuestiones que fueron objeto de tratamiento en el *sub examine* se vincularon exclusivamente al examen de aspectos de hecho y prueba y al control judicial de legalidad de un acto administrativo local.

Resulta oportuno recordar que en reiteradas ocasiones este Tribunal ha sostenido que "(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. 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. Finalmente, la invocación de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia tampoco podrá tener favorable acogida. Ello así, puesto que los argumentos esgrimidos no han logrado demostrar que en el caso haya mediado un apartamiento inequívoco de las normas que rigen el caso o una absoluta carencia de fundamen-

tación sino que únicamente evidencian la disconformidad de la demandada con la valoración efectuada por el tribunal *a quo* de aquellas cuestiones de hecho y prueba vinculadas a los sucesos que dieron lugar la sanción expulsiva.

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 desaciertos y 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); extremo que no se comprueba en la presente litis.

En este sentido, en numerosas ocasiones el Tribunal ha sostenido que la discrepancia del recurrente con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que su sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria [conf. este Tribunal *in re* "Federación de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción de inconstitucionalidad", expte. nº 49/99, resolución del 25/8/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. I, pp. 282 y ss., entre otros].

Por los motivos expuestos, y de acuerdo con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto en su dictamen (fs. 61/63), corresponde rechazar el recurso de queja deducido a fs. 34/42 vta.

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Comparto la solución que propone el señor juez de trámite, José O. Casás, en el sentido de que corresponde rechazar la queja que interpusiera el GCBA (fs. 34/42 vta.).

2. Es oportuno recordar las razones que llevaron a la Sala II de la Cámara CAyT a declarar inadmisible al recurso de inconstitucionalidad (auto de fs. 30/32):

a) Las cuestiones decididas en la sentencia de fondo versaron exclusivamente sobre asuntos de índole infraconstitucional: hechos, prueba e interpretación de derecho común.

b) El recurso de inconstitucionalidad abunda en meras discrepancias con lo resuelto.

c) Las normas constitucionales, genéricamente invocadas, carecen de toda vinculación argumental con la decisión adoptada.

d) La referencia a una presunta intromisión del Poder Judicial en asuntos privativos del GCBA es infundada y "...vedaría cualquier intervención judicial cuando [como en el caso] se requiere la protección de un derecho constitucional conculcado por las autoridades administrativas" (fs. 31 vta., destacado en el texto original).

e) Ausencia de arbitrariedad de la sentencia.

3. Como lo anticipara, la queja no puede ser admitida.

El GCBA no cumple la carga de fundamentación prescripta por el art. 33 de la ley 402 toda vez que no rebate ninguno de los argumentos expuestos en el auto denegatorio; que fueran indicados en el apartado anterior.

Las exiguas e infundadas consideraciones que el quejoso formula contra la resolución de fs. 30/32 son: *a)* que exhibe motivos "…dogmáticos y abstractos…" (fs. 36) y *b)* que "…la genérica expresión de la Cámara…" le impide "…hacerse cargo de los argumentos contenidos en el auto en cuestión" (fs. 36).

Las afirmaciones reproducidas arriba no fueron acompañadas de una explicación que las justifique y, por tanto, se tornan insustanciales.

Es requisito necesario del recurso directo 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 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001, entre otros) y este recaudo que no se verifica en la causa.

A mayor abundamiento, señalo que el GCBA atribuye al auto denegatorio el mismo defecto que caracteriza al escrito presentado ante el Tribunal, es decir: su generalidad.

4. Por ello, voto por rechazar la queja que dedujera el GCBA (fs. 34/42 vta.).

La jueza Ana María Conde dijo:

1. La queja ha sido interpuesta en tiempo y forma, sin embargo no puede prosperar.

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. Sin embargo, el escrito en examen no cumple esta exigencia, ya que 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.

2. Como bien lo sostuvo la Cámara, tanto el recurso de inconstitucionalidad como la queja, versan sobre la valoración de los hechos y las pruebas que dieron lugar al dictado de la resol. 1372-SS-03, mediante la cual se dispuso la cesantía de la actora. Estas cuestiones resultan ajenas a la competencia de este TSJBA por vía del recurso intentado.

Más allá de las diversas citas a garantías constitucionales que el impugnante entiende vulneradas —tales como la garantía del debido proceso y el derecho de defensa en juicio—, lo cierto es que en ninguna de las dos ocasiones se ha logrado exponer fundadamente un caso constitucional, conforme lo establece el art. 27 de la ley 402. Tiene dicho este TSJBA que "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", expte. nº 131/99, sentencia del 23/2/2000).

3. Respecto de la alegada lesión a la división de poderes, el 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, que: "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. nº 1891/02, "González, Jorge Esteban c/GCBA s/amparo", resolución del 11/12/2002).

4. Por último, manifiesta el recurrente que la sentencia impugnada es arbitraria, puesto que a su entender no constituye una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias probadas en la causa. Agrega que la Cámara no tuvo en cuenta la relación de proporcionalidad entre el objeto de la resol. 1372-SS-03 y la finalidad perseguida por la administración. Concluye, en este sentido, que el pronunciamiento es dogmático y no atiende a las particularidades del caso en decisión.

Sin embargo, la resolución atacada no puede calificarse como arbitraria, puesto que la Cámara motivó su pronunciamiento en las constancias de la causa, y las pruebas ofrecidas por al actora para acreditar su postura: consistente en demostrar su falta de responsabilidad en el hecho que se le imputó para declararla cesante.

La mayoría del TSJBA ha admitido la invocación de la arbitrariedad de sentencia, 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 TSJBA 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, 2002, 2ª ed. actualizada, 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.

En definitiva, la sentencia de la Cámara es un pronunciamiento serio, y el recurrente solo se limita a manifestar su disconformidad con la resolución, sin lograr plantear un caso constitucional.

5. En mérito a lo anteriormente expuesto, voto por rechazar la queja interpuesta por el GCBA.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez José O. Casás.

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 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 - José O. Casás.*

XLVI

"FRANOVA SOCIEDAD ANÓNIMA C/GCBA S/DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESP. MÉDICA) S/RECURSO DE APELACIÓN ORDINARIO CONCEDIDO"

CADUCIDAD DE INSTANCIA.

Expte. SACAyT nº 6202/08 - 23/3/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Franova Sociedad Anónima —a través de su letrado apoderado, Dr. Jorge Omar Genaisir— dedujo, a fs. 898, recurso de apelación ordinario contra la sentencia que fijó los honorarios de los letrados que intervinieron en la causa por la parte demandada (fs. 893/894).

2. El recurso interpuesto por dicha parte fue concedido por la Sala 1 de la Cámara CAyT (fs. 922 y vta.).

El memorial fue presentado por José Sfalanca, quien invocó su carácter de apoderado de la parte actora. Adjuntó, a los efectos de acreditar dicho extremo copia de la escritura de poder, de fecha 9 de mayo de 1986, que lo faculta a actuar "…en forma conjunta, separada o alternativamente…" en nombre de Franova Sociedad Anónima, autorizándolo a presentarse "…ante los poderes públicos Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, Gas del Estado, Obras Sanitarias de la Nación, Teléfonos del Estado, Justicia de Faltas de la Municipalidad de Buenos Aires, y todas las reparticiones públicas y oficinas privadas…" y gestionar "…la aprobación de los Planos de la Construcción a efectuarse en las parcelas del Distrito U7…" (fs. 930/938).

3. El Tribunal, frente a la documentación agregada a fs. 930/933, requirió al Sr. Sfalanca que acreditase contar con facultades para representar en juicio a la parte actora y que cumpliera con lo dispuesto por el art. 1º de la ley 10.996 (fs. 939). Dicha providencia le fue notificada con fecha 10/12/2008 (véase diligencia de fs. 940).

4. El Dr. Jorge Omar Genaisir solicita que "se devuelvan los autos al inferior a fin de peticionar que se me regulen los honorarios por los trabajos desarrollados en autos" (fs. 941).

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

En atención a *i)* lo resuelto a fs. 939 en donde se intimó a José Sfalanca a subsanar el defecto de personería; *ii)* la cédula obrante a fs. 940 de la cual surge que el interesado fue notificado el día 10/12/2008 de la intimación dispuesta, *iii)* el tiempo transcurrido sin que se haya cumplido con la referida subsanación y *iv)* la ausencia por parte del interesado de toda actividad destinada a impulsar la presente instancia, corresponde, de conformidad con lo dispuesto en el inc. 2º, del art. 260 de CCAyT y art. 2º de la ley 402, declarar la caducidad de la presente instancia.

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,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* la caducidad de la presente instancia.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva al juzgado remitente para que considere la presentación de fs. 941.

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

XLVII

"ASOCIACIÓN CIVIL PARA LA DEFENSA DEL ÁMBITO FEDERAL E INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS (ASOCIACIÓN CIVIL DE.FE.IN.DER.) S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'ASOCIACIÓN CIVIL PARA LA DEFENSA DEL ÁMBITO FEDERAL E INTERNACIONAL C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. AMPARO: Plazo de interposición.

SUMARIOS:

1. La ley 2145 —que establece la forma de dar trámite a las acciones de amparo— modificó, para esos juicios, ciertos aspectos de la regulación del recurso de inconstitucionalidad establecida en la ley 402, de modo que el art. 23 prevé que el término para interponer la queja prevista en el art. 33 de la ley 402 es de 2 (dos) días, pero no modificó, en cambio, el órgano judicial ante el cual debe ser planteada, es decir, el Tribunal Superior de Justicia. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde).*

2. El plazo de interposición del recurso de queja es perentorio y el hecho que el escrito haya sido presentado en el plazo señalado en la ley 2145 (dos días) pero ante un tribunal distinto al establecido en la norma correspondiente (en este caso, la Secretaría General de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario) no hace variar tal conclusión. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde).*

Expte. SACAyT nº 6889/09 - 23/3/2010

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos (en adelante: Asociación Civil DE.FE.IN.DER.) presentó ante la Secretaría General de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad un recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad (fs. 54/81) para cuestionar la declaración de inadmisibilidad dictada por la Sala I de esa Cámara (fs. 13/15) del recurso de inconstitucionalidad interpuesto (fs. 17/53 vta.) contra la sentencia cuya copia se agregó a fs. 4/10.

La Sala I de la Cámara CAyT remitió la queja a este Tribunal "a los fines que pudieran corresponder" (fs. 82).

2. Requerido su dictamen, el señor fiscal general adjunto propició el rechazo de la queja incoada, en atención a que la interposición de tal remedio no cumplió con los recaudos de lugar y tiempo exigidos legalmente (fs. 86/87 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. Tal como lo señala el señor fiscal general adjunto a fs. 86/87vta., el recurso de queja articulado a fs. 54/81 no fue deducido ante el Tribunal en la oportunidad debida, razón por la cual debe ser rechazado.

2. En efecto, de las constancias agregadas a la causa surge que:

a) la Asociación Civil DE.FE.IN.DER. fue notificada por el Juzgado de Primera Instancia del rechazo del recurso de inconstitucionalidad que interpusiera ante la Cámara CAyT el día 13/11/2009 (véase fecha consignada en el margen izquierdo de fs. 12);

b) la actora interpuso el recurso de queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad el día 17/11/2009 ante la Secretaría General de la Cámara CAyT (véase cargo de fs. 81);

c) el juez de trámite de la Sala I dispuso la remisión de la queja a este estrado el día 25/11/2009 (fs. 82);

d) el recurso fue recibido ante este Tribunal el día 27/11/2009, a las 12:30 horas (véase cargo de fs. 82).

3. La ley 2145 —que establece la forma de dar trámite a las acciones de amparo— modificó, para esos juicios, ciertos aspectos de la regulación del recurso de inconstitucionalidad establecida en la ley 402. En tal sentido, la ley de amparo local prevé en su art. 23 que el término para interponer la queja prevista en el art. 33 de la ley 402 es de 2 (dos) días. No modificó, en cambio, el órgano judicial ante el cual debe ser planteada.

De acuerdo con ello, la actora debería haber planteado su queja ante el Tribunal Superior de Justicia hasta el día 17/11/2009, sin perjuicio de que la presentación hubiese podido ser efectuada dentro de las dos primeras horas hábiles judiciales del día 18/11/2009 (art. 108, último párrafo, del CCAyT; conf. art. 28, ley 2145). Sin

embargo, tal como se indicara en el punto precedente, el remedio de hecho recién fue recibido ante este estrado el día 27/11/2009, a las 12:30 horas.

En este punto, corresponde recordar que este Tribunal ha señalado reiteradamente que el plazo de interposición de la queja es perentorio [conf. "Bujman, Adela s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Bujman, Adela c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 2498/03, sentencia del 18/12/2003, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. V, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 1094 y ss.; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'D'Urso, Hernán María c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 3007/04, resolución del 12/8/2004, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. VI-B, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 749 y ss.; "Savin, Mirta Beatriz y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Medrano, José Luis y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/daños y perjuicios (excepto responsabilidad médica)'", expte. nº 3261/04, sentencia del 24/11/2004, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. VI-B, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 1176 y ss.; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Píxel S.R.L. s/ejecución fiscal – ing. brutos Convenio Multilateral'", expte. nº 5352/07, sentencia del 12/9/2007; "Tudanca, Josefa Elisa Beatriz s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Tudanca, Josefa Elisa Beatriz c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/otros procesos incidentales'", expte. nº 5141/07, sentencia del 12/7/2007, expte. nº 5962/08 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Bilbao, Fabiana Mabel c/GCBA s/amparo (art. 14 CCBA)'", sentencia del 12/11/2008; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ruiz Báez, Petronila c/GCBA s/otros procesos incidentales en Ruiz Báez, Petronila c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 6651/09, sentencia del 7/10/2009; "Carrazco, Raúl Alberto s/queja por recurso denegado en: 'Carrazco, Raúl Alberto c/GCBA s/revisión cesantías o exoneraciones de empl. públ.'", expte. nº 6532/08, sentencia del 19/10/2009].

4. El hecho que el escrito haya sido presentado en el plazo señalado en la ley 2145 pero ante un tribunal distinto al establecido en la norma correspondiente (en este caso, la Secretaría General de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario) no hace variar la conclusión a la que arribo.

El art. 33 de la ley 402 —al que remite el aludido art. 23 de la ley 2145— expresa "(s)i el tribunal superior de la causa deniega el recurso, puede recurrirse en queja ante el Tribunal Superior de Justicia, dentro de los (...) días de su notificación por cédula" (sin destacar en el original). La ley es clara y no ofrece alternativas al litigante.

Por tal razón, la fecha y hora de recepción de la queja por el Tribunal consignada en el cargo autorizado por funcionario competente de la Secretaría de Asuntos Generales (conf. art. 7º, inc. d, del Reglamento del Tribunal Superior de Justicia) es la que resulta determinante para considerar la tempestividad de la presentación.

5. Cabe poner de resalto que la situación que se presenta en estas actuaciones no permite asimilarla a la acontecida *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Bilbao, Fabiana Mabel c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 5962/08, sentencia del 12/11/2008, ni puede conducir a la opinión sentada por el suscripto en dicha causa, por los motivos que se expondrán a continuación.

En el aludido precedente, en atención a sus excepcionales particularidades, entendí que correspondía tener por tempestiva una queja incoada con una diferencia de horas ante los estrados de este Tribunal, en tanto se constataba que la Cámara había remitido las actuaciones a primera instancia para que allí se notificara su fallo, sin observar lo dispuesto por el art. 31, inc. 1º, CCAyT —que establece entre las funciones de los secretarios el deber de notificar las decisiones de los tribunales a los que asisten—. Ello, en mi concepto, pudo haber contribuido a generar cierta confusión en la persona que presentó el escrito, en tiempo oportuno, aunque ante la unidad judicial que le había notificado la decisión objetada y no ante el Tribunal como correspondía. En síntesis, las aludidas circunstancias me llevaron a concluir que, a pesar de que había existido cierta negligencia procesal de la parte demandada, la aplicación literal del art. 33 de la ley 402 en el caso concreto revelaba un excesivo rigor formal ya que, como se dijo, el escrito había sido recibido en este Tribunal con una diferencia de horas luego de haber sido erróneamente presentado ante el Juzgado de Primera Instancia.

En el *sub examine*, el recurso interpuesto por la Asociación Civil DE.FE.IN.DER. recién fue recibido por este Tribunal el día 27/11/2009 a las 12:30 horas (fs. 82) —esto es, el décimo día desde la fecha de notificación de la resolución que la actora pretendía recurrir por decisión oficiosa de la Sala I (adviértase que no surge de lo actuado que la recurrente hubiera efectuado presentación alguna ante esa Sala para solicitar la remisión de la queja a este Tribunal).

Así las cosas, ante la falta de diligencia de la recurrente, nada hay que justifique tener por configurado un supuesto de excepción.

6. Por las consideraciones vertidas, y concordantemente con lo manifestado por el señor fiscal general adjunto en su dictamen (fs. 86/87 vta.), corresponde rechazar la queja interpuesta por la Asociación Civil para la Defensa del Ámbito Federal e Internacional de Derechos (Asociación Civil DE.FE.IN.DER.).

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez José O. Casás.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Comparto la solución que propone el señor juez de trámite, José O. Casás, en el sentido de que corresponde rechazar la queja que interpusiera la Asociación Civil DE.FE.IN.DER. (fs. 54/81), por los fundamentos que expone en los aparts. 1, 2, 3 y 4 de su voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero a la solución propuesta por el señor juez de Trámite, Dr. José O. Casás, por los motivos expresados en los considerandos 1 a 4 de su voto.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja planteado por la Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos.

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 - José O. Casás.*

XLVIII

"ODRIOZOLA, MIRIAM MÓNICA Y OTROS S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'ODRIOZOLA, MIRIAM MÓNICA Y OTROS C/GCBA S/IMPUGNACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos. Cuestión federal. Cuestiones de hecho y prueba. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. El recurso extraordinario planteado debe ser denegado porque los agravios allí postulados remiten al análisis de cuestiones de hecho y prueba, entre ellas la interpretación del alcance asignado por los jueces de mérito, aspectos ajenos a la revisión de la CSJN por no configurar una cuestión federal de las previstas en el art. 14 de la ley 48. *(Votos de los señores jueces Luis F. Lozano, Ana María Conde y Alicia E. C. Ruiz, al que adhiere el juez José O. Casás).*

2. Por regla general, no corresponde al tribunal emisor del fallo impugnado pronunciarse respecto de la invocada arbitrariedad de su decisorio. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. SACAyT nº 6507/09 - 23/3/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Miriam Mónica Odriozola y Fernando Álvarez, cesionarios de los derechos y acciones de Díaz Vélez S.R.L. a que se refieren las facturas cuyo pago reclama en autos, interpusieron recurso extraordinario federal (fs. 141/147) contra la resolución de fecha 25/11/2009 por la que el Tribunal rechazó el recurso de queja que ellos oportunamente dedujeran (fs. 129/138).

2. El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) contestó el traslado conferido y solicitó el rechazo del recurso interpuesto (fs. 155/162 vta.).

FUNDAMENTOS:

Los jueces LUIS F. LOZANO, ANA MARÍA CONDE y ALICIA E. C. RUIZ dijeron:

1. El recurso extraordinario planteado por los recurrentes debe ser denegado porque los agravios allí postulados remiten al análisis de cuestiones de hecho y prueba, entre ellas la interpretación del alcance asignado por los jueces de mérito al contrato administrativo y al "acta acuerdo" en los que el recurrente funda el derecho reclamado, aspectos ajenos a la revisión de la CSJN por no configurar una cuestión federal de las previstas en el art. 14 de la ley 48.

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.

2. Por lo demás, los recurrentes no dieron cumplimiento acabado a los recaudos señalados en los arts. 2º y 3º del reglamento aprobado por la acordada 4/07 de la CSJN.

Así, omitieron efectuar en la carátula (art. 2º) la mención clara y concisa de las cuestiones planteadas como de índole federal (inc. i).

Omitieron también, en oportunidad de desarrollar los fundamentos del recurso, cumplir —como puntualiza el GCBA— con la exigencia del art. 3º, relativa a la introducción temporánea de la cuestión federal (inc. b).

Además, el escrito no consigna "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).

Por los motivos expuestos, corresponde denegar el recurso extraordinario intentado. Las costas se imponen a la vencida (art. 68, CPCCN).

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero al voto del señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano, en tanto allí se pone acabadamente de resalto que las objeciones planteadas en el recurso a estudio no configuran una cuestión federal en los términos del art. 14 de la ley 48 susceptible de habilitar la instancia recursiva intentada.

Asimismo, entiendo que, por regla general, no corresponde al tribunal emisor del fallo impugnado pronunciarse respecto de la invocada arbitrariedad de su decisorio; y, por su parte, a partir de los términos del presente recurso, en el *sub lite* no corresponde hacer excepción a dicha regla.

Así lo voto.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal planteado por Miriam Mónica Odriozola y Fernando Álvarez, con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita como está ordenado a fs. 137, punto 2.

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

XLIX

"SUIELUV S.R.L. C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/CONFLICTO DE COMPETENCIA"

CONFLICTO DE COMPETENCIA.

Expte. SAO nº 7091/10 - 23/3/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El día 30/12/2009 la empresa Suieluv S.R.L. interpuso demanda de amparo y medida cautelar contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (Dirección General de Fiscalización y Control) ante el fuero Penal, Contravencional y de Faltas,

con motivo de la clausura preventiva dispuesta respecto del local sito en la calle Tucumán nº 2053/57 que opera bajo el nombre de fantasía de "Hotel Zentra".

2. El juez a cargo del Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 26 declaró su incompetencia para intervenir en las presentes actuaciones, en virtud de lo establecido por el art. 7º, ley 2145 que establece que en las acciones de amparo dirigidas contra las autoridades de la Ciudad será competente el fuero Contencioso Administrativo y Tributario (fs. 28).

3. Por su parte, la señora fiscal de primera instancia ante el fuero en lo Contencioso Administrativo y Tributario opinó que resulta competente el fuero en lo Penal, Contravencional y de Faltas de acuerdo a la doctrina arribada por este Tribunal en las causas "Mercado Romero" y "Casabona" (fs. 36/37).

4. A fs. 38, el juez a cargo del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 1 compartió los argumentos vertidos por la Fiscalía y, en consecuencia, se declaró incompetente y remitió a este Tribunal las actuaciones.

5. A fs. 48/52 el señor fiscal general propició la competencia del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 1.

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

La presente contienda de competencia no ha sido trabada en debida forma. Por lo tanto, resulta necesario el cumplimiento del recaudo omitido, extremo que conduce a devolverse estas actuaciones al magistrado del fuero CAyT para que las gire al juez que previno en autos a fin de que, este último fije posición trabando, si insiste, la contienda.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Me adhiero al voto del juez Luis F. Lozano.

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

En precedentes similares hemos sostenido que, aun cuando no se encontrara correctamente trabada la contienda negativa de competencia, "…la naturaleza excepcional de la acción promovida (amparo) y la necesidad de evitar mayores dilaciones en su tramitación 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. "Dávila, 380 S.A. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia", expte. nº 6405/06, resolución del 23/3/2009).

No obstante ello, la vacancia de una de las vocalías del Tribunal y la necesidad de conformar mayoría son razones que imponen adaptar nuestro criterio a fin de evitar que una cuestión de esta índole se dilate en el tiempo en forma innecesaria,

por lo que prestamos conformidad a lo propiciado por los jueces Lozano y Ruiz en cuanto a la correcta introducción de la cuestión de competencia.

Así lo votamos.

Por ello, emitido el dictamen por el fiscal general,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Remitir* el expediente al juez a cargo del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 1 a los efectos indicados en el voto del juez Luis F. Lozano.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique al señor fiscal general, y se cumpla.

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

L

"CINQUEMANI, RUBÉN ALBERTO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'CINQUEMANI, RUBÉN ALBERTO (VENEZUELA 3564) S/INFR. ART. 73, VIOLAR CLAUSURA IMPUESTA POR AUTORIDAD JUDICIAL O ADMINISTRATIVA —CC'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Interpretación de normas infraconstitucionales. PROCEDIMIENTO CONTRAVENCIONAL: Recurso de apelación. Plazo. Ley de Procedimiento Contravencional. Código Procesal Penal de la Nación. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. La controversia sobre qué norma procesal debía aplicarse en una causa contravencional a fin de computar el plazo que tenía el acusado para apelar la condena no comprende la interpretación de la garantía de debido proceso, ni del derecho de defensa en juicio, ni de la garantía de doble conforme, ni del principio de igualdad ante la ley, ni tampoco está presente un supuesto de arbitrariedad de sentencia, en si la decisión atacada por recurso de inconstitucionalidad contiene fundamentación jurídica suficiente para descartar el motivo de agravio denunciado. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

2. Corresponde rechazar el recurso de queja si el defensor no demuestra por qué resulta arbitraria la decisión de la Cámara que, al rechazar in limine la apelación, empleó la norma incluida en la ley de procedimiento contravencional que fija en 5 días el plazo para apelar una sentencia de primera instancia; y sólo se limita a

exponer su disenso con esa resolución y a señalar su preferencia por la aplicación de la regla contenida en el art. 279, CPP, 3er párrafo, que otorga el término de 10 días para apelarla. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

3. Las meras discrepancias con los jueces de la causa sobre aspectos vinculados con la interpretación y aplicación de disposiciones infraconstitucionales (arts. 6º y 50, LPC, y art. 279, CPP) por regla, resultan ajenas al recurso de queja. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

Expte. SAPCyF nº 6792/09 - 29/3/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La defensa de Rubén Alberto Cinquemani interpuso recurso de queja (fs. 47/78) contra la decisión de la Sala I de la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas (fs. 41/45) que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad agregado a fs. 15/38. Dicho recurso fue presentado contra la decisión de la misma Sala, de fecha 29/6/2009 (fs. 14), que rechazó *in limine*, por extemporánea, la apelación interpuesta contra la condena dictada en primera instancia.

2. En su recurso de inconstitucionalidad la defensa, resumidamente, señaló que en esta causa contravencional la Cámara debió haber considerado aplicable el plazo de 10 días que el art. 279 del Código Procesal Penal (en adelante CPP) fija para interponer la apelación, en lugar del término de 5 días, que prevé el art. 50 de Ley de Procedimiento Contravencional (en adelante LPC), para la presentación del mismo remedio procesal.

En esos términos, sostuvo que el rechazo de su recurso había sido arbitrario —falta de fundamentación suficiente o fundamentación "aparente"— y, por esa razón, que la decisión atacada lesionaba su derecho de defensa y la garantía de debido proceso. Asimismo, cuestionó que el juez de primera instancia hubiera realizado un juicio provisorio sobre la admisibilidad de la apelación cuando el CPP no establece ese mecanismo; expresó, sobre este motivo de agravio, que ese procedimiento violaba el principio de legalidad. Además, indicó que la decisión de la Cámara también afectaba el derecho a la doble instancia y las reglas de interpretación que fijan los organismos internacionales de derechos humanos (en particular, el principio *pro homine*).

3. La Sala I declaró inadmisible el recurso intentado porque entendió que no exponía un caso de competencia del Tribunal (fs. 41/45).

4. El fiscal general adjunto, al contestar la vista conferida (fs. 98/100), propició el rechazo de la queja. Sostuvo, para fundar su propuesta, que la defensa no presentaba un caso constitucional, sino que sólo manifestaba su disenso con una decisión judicial adversa. Por último, también descartó que la sentencia atacada por la defensa resulte arbitraria.

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. La queja fue interpuesta ante el Tribunal, por escrito y en tiempo oportuno. Sin embargo, debe ser rechazada.

2. La defensa no logra rebatir las razones que dio la Cámara, en su auto denegatorio, para concluir que la discusión propuesta no involucra la aplicación de normas constitucionales.

La controversia sobre qué norma procesal debía aplicarse en esta causa contravencional a fin de computar el plazo que tenía el acusado para apelar la condena no comprende la interpretación de la garantía de debido proceso, ni del derecho de defensa en juicio, ni de la garantía de doble conforme, ni del principio de igualdad ante la ley. Tampoco está presente un supuesto de arbitrariedad de sentencia, en tanto la decisión atacada por recurso de inconstitucionalidad contiene fundamentación jurídica que, aunque breve, resulta suficiente para descartar el motivo de agravio denunciado.

3. La Cámara, al rechazar in limine la apelación, empleó la norma incluida en la ley de procedimiento contravencional que fija en 5 días el plazo para apelar una sentencia de primera instancia. El defensor no demuestra por qué esa interpretación resulta arbitraria; sólo se limita a exponer su disenso con la resolución mencionada y, en el mismo sentido, a señalar su preferencia por la aplicación de la regla contenida en el art. 279, CPP, 3er párrafo, que otorga a quien se vea agraviado por una sentencia de primera instancia el término de 10 días para apelarla.

El defensor no demuestra, tampoco, que los magistrados intervinientes hayan elegido arbitrariamente cuándo aplicar la LPC o el CPP; mucho menos acredita que los jueces de grado hayan dejado de lado la LPC durante el desarrollo del proceso y que, sorpresivamente, hayan vuelto a tomar en cuenta sus reglas sólo para rechazar, por extemporánea, la apelación intentada.

El recurrente subraya que el magistrado de primera instancia difirió la redacción de los fundamentos del veredicto según lo permite el art. 251, CPP. Señala que esa fue la razón por la cual consideró aplicable el plazo previsto en el art. 279, 3er párrafo, CPP, para apelar una condena. Agrega que si el juez de grado hubiera invocado las reglas de la LPC al fallar el caso —las cuales, según entiende, obligan a exponer los fundamentos de la sentencia inmediatamente después de cerrado el debate— sí hubiera recurrido la decisión según los términos fijados en el art. 50, ley 12 (LPC).

Más allá de cuál sea la interpretación que debe darse a los arts. 47 y 48 de la ley 12 (LPC) —esto es, si impiden o permiten diferir la redacción de los fundamentos del fallo— lo cierto es que el acusado nada dijo frente a la decisión del magistrado de acudir al plazo previsto por el art. 251, CPP, para exponer las razones que lo llevaron a la condena. En cambio, optó por considerar —sin más— que las reglas del CPP habían desplazado, en este caso contravencional, a las que están previstas en la ley 12 (LPC), que regula el procedimiento en esta materia. En esos términos, las razones que brinda la defensa para explicar su decisión —aplicación de los principios *pro homine* o *pro actione* al interpretar el derecho al recurso— no parecen suficientes para acreditar la lesión constitucional denunciada.

4. En otras palabras, la defensa se limita a exponer meras discrepancias con los jueces de la causa sobre aspectos vinculados con la interpretación y aplicación de disposiciones infraconstitucionales (arts. 6º y 50, LPC, y art. 279, CPP) que, por regla, resultan ajenos al remedio intentado.

Por ello, y conforme a las fundadas razones brindadas concordantemente por el señor fiscal general adjunto, me pronuncio por el rechazo de la queja que está agregada a fs. 47/78, dando por perdido el depósito cuya constancia de integración obra a fs. 46.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto del señor juez de trámite, Dr. José O. Casás.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Adhiero al voto del juez de trámite José O. Casás, toda vez que, como señala, el recurrente no ha logrado demostrar que la decisión de la Cámara contra la que se interpuso el recurso de inconstitucionalidad pueda ser descalificada por arbitraria en su interpretación de las normas de procedimiento que, como tales, resultan ajenas al contenido de la sentencia definitiva.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja agregado a fs. 47/78.

2º. *Dar por perdido* el depósito, cuya constancia de integración obra a fs. 46.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan estas actuaciones a la Sala I de la Cámara de Apelaciones 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 - José O. Casás.*

LI

"CAMPBELL, COLIN MUNRO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'GCBA C/CAMPBELL, COLIN MUNRO S/EJECUCIÓN FISCAL—INGRESOS BRUTOS"

RECURSO DE QUEJA: Suspensión del proceso.

SUMARIO:

1. No cabe hacer lugar a un pedido de suspensión del proceso si no están dadas las condiciones para conceder el efecto suspensivo previsto en el art. 33 de la ley 402. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde).*

Expte. SACAyT nº 7078/10 - 30/3/2010

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

El Sr. Colin Munro Campbell, ejecutado en los autos principales, planteó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia que rechazó el pedido de suspensión de la ejecución del pronunciamiento que mandó a llevar adelante la ejecución que le iniciara el representante del Fisco local. Rechazada la apelación por la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, el demandado interpuso el recurso de inconstitucionalidad cuya denegatoria dio lugar a esta queja.

Solicita en ella, que "se suspenda expresamente el curso de ejecución en este proceso" (fs. 69 vta., punto V).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La presentación de fs. 62/69 vta. 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. Ello, sin perjuicio de la decisión que se adopte sobre el fondo.

2. Por lo demás, la mención que efectúa el quejoso de la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Oswald" (a fs. 69 vta.), no ha sido acompañada, siquiera, de un mínimo razonamiento que explique por qué las pautas indicadas por la CSJN en ese precedente, el que tampoco ha sido correctamente identificado, deberían ser aplicadas al *sub lite.*

Por lo expuesto, voto por rechazar el presente pedido de suspensión.

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

Adherimos al voto de nuestro colega, el juez Luis F. Lozano.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *No hacer lugar* a la petición de suspensión del proceso efectuado por Colin Munro Campbell.

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

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

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - José O. Casás.*

LII

"SUBTERRÁNEOS DE BUENOS AIRES SOCIEDAD DEL ESTADO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'BACCANELLI, FRANCESCA C/SUBTERRÁNEOS DE BUENOS AIRES SOCIEDAD DEL ESTADO S/DESPIDO'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL:
Requisitos. Cuestión federal. Incompetencia. Sentencia definitiva. Jurisdicción local. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. En relación a la incompetencia que postula la recurrente, el pronunciamiento objeto del remedio federal articulado no reúne la calidad de definitivo, ni puede ser equiparado a uno de tales características, en tanto la recurrente no reclama la jurisdicción federal, sino que pretende que el litigio se ventile ante la justicia ordinaria (nacional en lo laboral), en lugar de la local. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde).*

2. 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. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde).*

Expte. SACAyT nº 6599/09 - 30/3/2010

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado (en adelante SBASE) interpone recurso extraordinario federal (fs. 175/193 vta.) contra la decisión de fecha 25/11/2009 (fs. 142/171) por la que el Tribunal decidiera desestimar la queja oportunamente impuesta.

La parte actora no contestó el traslado que se le confiriera del recurso federal articulado por SBASE (véase diligencia de fs. 196 vta. y providencia de fs. 201).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. El recurso extraordinario planteado por SBASE debe ser denegado, en tanto no se dirige contra una sentencia definitiva (conf. art. 14, ley 48) ni equiparable a tal.

En relación a la incompetencia que insistentemente postula SBASE, el pronunciamiento objeto del remedio federal articulado no reúne la calidad de definitivo, ni puede ser equiparado a uno de tales características, en tanto la recurrente no reclama la jurisdicción federal, sino que pretende que el litigio se ventile ante la justicia ordinaria (nacional en lo laboral), en lugar de la local. Y la denegatoria de la jurisdicción nacional, como se expuso en la decisión que se cuestiona —sin objeciones concretas por parte de SBASE—, no puede ser equiparada a la denegatoria de la jurisdicción federal, a los efectos de tener por configurado el recaudo de sentencia definitiva o equiparable a tal.

La referencia que, por otra parte, efectúa SBASE a precedentes del Alto Tribunal tampoco permite tener por acreditado este extremo, cuando ella no se hace cargo de rebatir concretamente los argumentos que brindó la sentencia de fs. 142/171 para considerarlos inaplicables a este caso.

Tampoco el rechazo de la excepción de prescripción que SBASE pretende que la Corte Suprema de Justicia de la Nación revise constituye la sentencia definitiva que requiere el art. 14 de la ley 48 (conf. *Fallos,* 327:836, entre otros). Ni cabe asimilarla a una de tales características, pues la recurrente no ha acreditado —frente a las razones dadas en el pronunciamiento recurrido— que esta circunstancia le ocasione un gravamen de imposible o insuficiente remedio ulterior.

En resumidas cuentas, el escrito recursivo no hace más que reiterar cuestiones ya planteadas en torno de la incompetencia y prescripción y desestimadas, no sólo en instancias anteriores sino también por este Tribunal.

2. 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 rela-

ción 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.

3. Por lo demás, la recurrente no dio cumplimiento acabado a los recaudos señalados en los arts. 2º 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 demostración de que la decisión apelada es definitiva o equiparable a tal según la jurisprudencia de la Corte. Tampoco se consigna en él "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).

Por los motivos expuestos, el recurso extraordinario intentado debe ser denegado.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Adhiero al voto del señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano, en tanto allí se pone acabadamente de resalto que la decisión que se pretende cuestionar mediante el presente recurso extraordinario federal no constituye una sentencia definitiva o equiparable a tal.

Asimismo, entiendo que, por regla general, no corresponde al tribunal emisor del fallo impugnado pronunciarse respecto de la invocada arbitrariedad de su decisorio; y, por su parte, a partir de los términos del presente recurso, en el *sub lite* no corresponde hacer excepción a dicha regla.

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Adhiero a la solución propuesta por el señor juez de trámite, Dr. Luis F. Lozano, por los argumentos expuestos en su voto, a los cuales agrego los siguientes:

2. La decisión que ahora se quiere llevar a conocimiento de la CSJN desestimó un recurso de queja por no satisfacer los recaudos establecidos en las disposiciones locales que lo regulan. Corresponde, entonces, aplicar la reiterada doctrina de nuestro Tribunal cimero en cuanto sostiene que las decisiones que —como en el caso— declaran la improcedencia de los recursos deducidos ante los tribunales locales mediante fundamentos de hecho y de derecho procesal que bastan para sustentarlos, no son revisables —como principio— en la instancia extraordinaria (*Fallos,* 299:268; 302:1039; 307:819; 311:101, entre muchos otros; y TSJBA,

in re "Hernández, Leonardo Javier c/GCBA s/amparo [art. 14 CCBA]", expte. nº 2184/03, sentencia del 13/8/2003).

3. SBASE alude, también, a la trascendencia de la cuestión debatida "atento a estar en juego intereses públicos" (fs. 193). Si lo que se intenta es la apertura de la instancia extraordinaria por configurarse la causal de gravedad institucional, lo cierto es que lo afirmado resulta insuficiente a tales efectos, dado que no se advierte concretamente —ni fue puesto de manifiesto por la recurrente— de qué manera la decisión recaída en estas actuaciones podría llegar a comprometer gravemente el interés general (*Fallos,* 324: 533, 833; 326: 2126 y 4240).

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal interpuesto por Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se cumpla con la remisión ordenada a fs. 148, punto 3.

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

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - José O. Casás.*

LIII

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'OLIVERA, DANIEL ALBERTO S/INFR. ART. 189 BIS DEL C.P.'"

RECURSO DE QUEJA: Sentencia definitiva. SUSPENSIÓN DEL PROCESO A PRUEBA: Extinción de la acción penal. Principio de *ne bis in idem.* Debido proceso. DEPÓSITO: Exención. Beneficio de litigar sin gastos.

SUMARIOS:

1. Las resoluciones cuya única consecuencia es la obligación de continuar sometido a proceso, por regla, no reúnen el carácter de sentencia definitiva a los fines del art. 27, ley 402, de modo que el recurrente debió demostrar que la decisión que confirmó la revocatoria de la suspensión del proceso a prueba pueda ser equiparada a una sentencia definitiva en razón de sus efectos. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto del señor juez Luis F. Lozano).*

2. El agravio vinculado con la violación de las garantías del *ne bis in idem* y del debido proceso, fundado en que correspondía que se declarara sin más la extinción de la acción penal una vez transcurrido el plazo de suspensión a prueba, es aparente y no guarda relación con los antecedentes de autos en tanto la resolución atacada dispuso, de acuerdo a una razonable interpretación de las reglas aplicables, continuar con el trámite de un proceso suspendido, es decir, un proceso que no había finalizado; por lo que mal puede operar dicha garantía. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

3. No corresponde la integración del depósito que reclama la queja vencida (art. 34, segundo párrafo, ley 402), si el imputado ha obtenido el beneficio de litigar sin gastos. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

4. El verdadero agravio de la defensa no es la interpretación que han realizado los jueces de la garantía del *non bis in idem*, sino la del art. 76 ter del C.P. relativa al momento en que corresponde tener por extinguida la acción penal pues, a su juicio, la correcta interpretación de ese artículo es aquella según la cual el agotamiento del plazo por el que se suspendió el proceso produce la extinción de la acción, lo que lleva a que los magistrados deban limitarse a verificar dicha expiración sin poder revisar el cumplimiento de las cargas a que hubo quedado sujeta la suspensión, entre ellas, la de no cometer un delito durante el plazo en que el proceso estuvo suspendido (conf. párrafo cuarto del art. 76 ter del C.P.). *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. SAPCyF nº 6804/09 - 31/3/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La defensa de Daniel Alberto Olivera interpuso queja (fs. 73/83) contra la decisión de la Sala II de la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas (fs. 54/56) que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad agregado a fs. 36/50. Dicho recurso fue presentado contra la decisión de la misma Sala, de fecha 4/8/2009 (fs. 29/31), que confirmó la resolución del juez de primera instancia, del 27/5/2009, que había revocado la suspensión del proceso a prueba dispuesta a favor del acusado (fs. 14/15).

La revocatoria se fundó en el contenido de un informe solicitado al Registro Nacional de Reincidencia, luego de transcurrido el plazo de la suspensión, del cual surgió que el imputado en esta causa había sido condenado por un delito cometido durante el término en el cual el proceso estaba suspendido.

2. En su recurso de inconstitucionalidad, la defensa sostuvo que la decisión atacada lesionaba el principio de legalidad —regla de máxima taxatividad interpretativa— vinculado al límite temporal con el que cuenta el juez para revocar una

suspensión del proceso a prueba. En este sentido, remarcó que la revocatoria se dictó luego de vencido el plazo de suspensión del proceso, una vez cumplidas las reglas de conducta fijadas y con posterioridad a que la Fiscalía aceptara la petición de la defensa en el sentido de declarar extinguida la acción. Según el recurrente, "una vez superado el plazo impuesto por el tribunal al probado y cumplidas las pautas de conducta dispuestas (…) de pleno derecho debe decretarse —aún de oficio— el sobreseimiento del imputado" (fs. 43 vta.).

Como consecuencia de lo anterior, también denunció la lesión de las garantías del *ne bis in idem* y el debido proceso atento a que, según expuso, el cumplimiento de las condiciones fijadas por el magistrado al resolver suspender el proceso a prueba implicaba, de pleno derecho, la extinción de la acción penal y que, por lo tanto, su continuación —en los términos en que fue realizada— supone la reapertura inválida de la persecución penal.

Por último, consideró que la decisión de la Cámara era arbitraria en tanto no trató los argumentos expuestos por la defensa referidos al principio de equidad y vinculados a los particulares hechos de la causa. En especial, se refirió a que la condena en suspenso que motivó la revocatoria —emitida por el Poder Judicial de la provincia de Buenos Aires, pocos días antes de que venciera el plazo por el que fue dispuesta la suspensión de este proceso a prueba— fue dictada como consecuencia de un acuerdo de juicio abreviado y que el imputado no podía preverse que una de las consecuencias de aceptar ese acuerdo era la revocatoria de esta suspensión del proceso a prueba, conjuntamente con la posibilidad de que —en caso de condena en esta causa— se le aplique una sanción de cumplimiento efectivo.

3. La Sala II, por mayoría, declaró inadmisible el recurso intentado porque entendió que la decisión atacada no constituía una sentencia definitiva ni era equiparable a tal (fs. 54/56). Además, subrayó que el recurrente no criticaba los fundamentos del fallo atacado, sino que reproducía los cuestionamientos que había expuesto en la apelación.

4. El fiscal general adjunto, al contestar la vista conferida (fs. 87/89), propició el rechazo de la queja. Sostuvo, para fundar su propuesta, que la defensa no había atacado una sentencia definitiva, ni había demostrado que la decisión cuestionada fuera equiparable a tal. En el mismo sentido, descartó que el recurso exponga un caso de competencia del Tribunal.

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. El recurso de queja, aunque fue interpuesto por escrito, en tiempo oportuno y ante el Tribunal competente para resolverlo, debe ser rechazado. La defensa, más allá de su esfuerzo argumental, no logra demostrar que la decisión atacada sea equiparable a una sentencia definitiva y tampoco expone un caso de competencia del Tribunal.

2. Este Tribunal repetidamente ha dicho que las resoluciones cuya única consecuencia sea la obligación de continuar sometido a proceso, por regla, no reúnen el carácter de sentencia definitiva a los fines del art. 27, ley 402 ("Ministerio Público —Defensoría en lo Contravencional y de Faltas Nº 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Posta, Felipe y Berbegall, Rodolfo s/infracción ley 255 —apelación—'", expte. nº 3338/4, resolución del 1º/12/2004, entre muchos otros).

Además, el recurrente no ha logrado demostrar que la decisión cuestionada, que confirmó la revocatoria de la suspensión del proceso a prueba que se había concedido al señor Olivera, pueda ser equiparada a una sentencia definitiva en razón de sus efectos. En ese sentido, la defensa no ha logrado conectar la decisión impugnada con garantías que requieran de una tutela inmediata por parte de este Tribunal (véase, entre otros, "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Benítez, Sergio David s/art. 189 bis del C.P.'", expte. nº 4994/06, resolución del 23/5/2007).

3. La defensa no ha demostrado que la interpretación del art. 76 ter, C.P., realizada por la Cámara pueda poner en juego el principio de legalidad (art. 18, C.N.). El artículo en cuestión establece, en lo que aquí importa, que "[s]i durante el tiempo fijado por el tribunal el imputado no comete un delito, repara los daños en la medida ofrecida y cumple con las reglas de conducta establecidas, se extinguirá la acción penal. En caso contrario, se llevará a cabo el juicio…". Al respecto, sin desapego al texto de la ley, los jueces de la causa consideraron —efectuando una interpretación infraconstitucional que les compete, en principio, en forma exclusiva— que correspondía revocar la suspensión del proceso a prueba concedida en su momento al señor Olivera en tanto el nombrado había resultado condenado por la comisión de un delito que tuvo lugar durante el tiempo por el que se suspendió a prueba el proceso que se le sigue en esta jurisdicción. Ello sin perjuicio de que sólo una vez que la defensa solicitó el sobreseimiento del señor Olivera, transcurrido el plazo por el que se suspendió el proceso, la jueza requirió el informe sobre antecedentes penales del acusado, cuyo resultado arrojó que el día 2/10/2008 había sido condenado, a través de un juicio abreviado, por un hecho cometido el día 7/7/2008 (fs. 9, 10/13 y 14/15), esto es, durante el tiempo de suspensión del juicio a prueba.

Los argumentos que la defensa desarrolla a ese respecto de ningún modo alcanzan a poner en crisis la sentencia como acto jurisdiccional válido, esto es, fundado en las disposiciones legales pertinentes. Por otra parte, ninguna lesión al principio de legalidad puede derivarse del solo hecho de que el recurrente discrepe con el modo en que los jueces de mérito aplicaron la ley común. La defensa sostiene una interpretación según la cual, en definitiva, los informes necesarios para descartar que el "sometido a prueba" haya cometido un delito en el tiempo fijado por el tribunal sólo podrían ser válidamente requeridos con la antelación necesaria para contar con ellos antes de transcurrido ese plazo —lo que provocaría una dispensa del control del cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley en el lapso

que transcurra entre la emisión de los certificados requeridos y la culminación del período por el que se suspendió el proceso a prueba—; pero de la existencia de una interpretación que favorezca en mayor medida sus intereses en este caso no puede derivarse una lesión a los principios constitucionales que rigen la interpretación de la ley penal.

4. El defensor menciona, como una derivación de la alegada vulneración al principio de legalidad, la violación de las garantías del ne bis in idem y del debido proceso. El razonamiento es el siguiente: toda vez que, según su interpretación, correspondía que en el caso se declarara sin más la extinción de la acción penal una vez transcurrido el plazo de suspensión a prueba, "toda pretensión que intente que Olivera continúe sometido a proceso por el mismo hecho lesiona la garantía en análisis" (fs. 46).

Al respecto, entiendo que los argumentos expresados por el recurrente no pueden tener acogida favorable, pues —además de haberse descartado ya la existencia de cuestión constitucional alguna en torno a la alegada afectación al principio de legalidad— no existe en la causa ningún pronunciamiento jurisdiccional firme que disponga una condena o una absolución, ni se constatan en el caso repetidos intentos de persecución por el mismo suceso histórico (conf. mi voto *in re* "Kim, In Jung s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Kim, In Jung s/art. 74 CC'", expte. nº 3790/05, resolución del 1/6/2005). En este sentido tal agravio es aparente y no guarda relación con los antecedentes de autos en tanto la resolución atacada dispuso, de acuerdo a una razonable interpretación de las reglas aplicables, continuar con el trámite de un proceso suspendido, es decir, un proceso que no había finalizado; por lo tanto, mal puede operar la garantía invocada.

No se verifica en el caso, por lo dicho hasta ahora, ni la existencia de "cosa juzgada" ni de litispendencia. Esta constatación permite afirmar que el agravio presentado no involucra a la garantía del *ne bis in idem* sino una pretensión de otorgar a aquella garantía una extensión de la que carece.

5. Finalmente, la falta de tratamiento de los motivos de agravio que la defensa presentó en su recurso de apelación, vinculados al principio de equidad y a la finalidad de las sanciones penales —aun si se soslayara la ausencia de sentencia equiparable a definitiva— tampoco permitiría la apertura de la instancia del Tribunal.

La arbitrariedad es un motivo excepcional de agravio. La defensa, en cuanto a esta cuestión, no logra demostrar en qué medida la consideración expresa de la particular situación procesal del Sr. Olivera permitiría a los miembros de la Cámara apartarse de aquella interpretación del C.P. que sostuvieron y que, como ya indiqué, no se ha demostrado irrazonable. Los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino solamente aquellos que estimen pertinentes para la solución del caso (*Fallos,* 310:1835, 2012 y, en el mismo sentido este Tribunal *in re* "Rachid, María y otras s/art. 72 s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado", expte. nº 218/2000, del 26/4/2000).

Por lo demás, la estrategia procesal que ha adoptado el imputado a través de sus defensores no brinda andamiento a los agravios fundados en las consecuencias inequitativas que de ella podrían derivarse.

6. En razón de las consideraciones expuestas, considero que corresponde rechazar la queja agregada a fs. 73/83. En cuanto al depósito que reclama la queja vencida (art. 34, segundo párrafo, ley 402), no corresponde su integración toda vez que el imputado ha obtenido el beneficio de litigar sin gastos en estas actuaciones (véase fs. 91/93).

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto del señor juez de trámite, doctor José O. Casás, y estimo apropiado remitir —en lo pertinente— a todo aquello que en sentido concordante expuse al pronunciar mi voto en el precedente "Herrera" (expte. nº 4750, sentencia del 18/6/2008).

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Coincido con el juez de trámite, el Dr. José O. Casás, en que la queja debe ser rechazada porque la decisión que se viene recurriendo no es la definitiva, y la defensa no ha logrado demostrar que corresponda equipararla a una de esa especie.

2. Si bien es cierto que la garantía del *non bis in idem* sólo es susceptible de tutela inmediata, no lo es menos que lo que en verdad agravia a la defensa no es la interpretación que han realizado los jueces de esa garantía, sino la del art. 76 ter del C.P. relativa al momento en que corresponde tener por extinguida la acción penal o, más específicamente, cerrado el proceso. Sostiene la defensa recurrente que la correcta interpretación de ese artículo es aquella según la cual el agotamiento del plazo por el que se suspendió el proceso produce la extinción de la acción, lo que lleva a que los magistrados deban limitarse a verificar dicha expiración sin poder revisar el cumplimiento de las cargas a que hubo quedado sujeta la suspensión, entre ellas, la de no cometer un delito durante el plazo en que el proceso estuvo suspendido (conf. párrafo cuarto del art. 76 ter del C.P.). La invocada violación del *non bis in idem* consistiría en esa interpretación del referido art. 76, a su juicio errada.

En ese marco, la interpretación que efectuó el *a quo* del derecho común, el art. 76 ter del C.P., la que, por regla, resulta propia de los jueces de la causa y ajena a la de esta instancia, priva de relación directa a la garantía del *non bis in idem* con lo resuelto en la causa.

3. Por las razones que desarrollé al votar *in re* "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 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.

Por lo expuesto, voto por rechazar la presente queja.

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. 73/83.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan estas actuaciones a la Sala II de la Cámara de Apelaciones 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 - José O. Casás.*

LIV

"MARINI, RICARDO FABIO S/QUEJA POR RETARDO, PRIVACIÓN O DENEGACIÓN DE JUSTICIA"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos. Cuestión federal. Recurso de queja por retardo, privación o denegación de justicia.

SUMARIO:

1. La herramienta de la privación, denegación o retardo de justicia, conforme se encuentra regulada por las normas locales (art. 113, inc. 4º, CCBA y 33 y ss., ley 402), tiene como objeto canalizar reclamos de superintendencia que no constituyen técnicamente un caso o causa de carácter contencioso (arts. 2º y 4º de la ley 27 y art. 14, ley 48), es decir una cuestión cuyo objeto sea un conflicto acerca de la existencia y alcance de un derecho subjetivo ni es un incidente en una causa, y, por ende, la resolución adoptada al respecto no es susceptible de ser atacada mediante el recurso intentado. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véase el voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. SAO nº 7069/05 - 31/3/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

Mediante el escrito de fs. 161/177 el señor Ricardo Fabio Marini interpone recurso extraordinario federal contra la resolución del Tribunal de fecha 2/3/2010 (fs. 154/155), que rechazó la denuncia de retardo de justicia efectuada por el nombrado a fs. 60/73.

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Conforme ya lo he expresado en oportunidad de votar en los expedientes "Anapios, Ernesto s/queja por retardo, privación o denegación de justicia", expte. nº 3856/05, resolución del 13/4/2005, y "Locales Altos en Puerto Madero s/inf. art. 83 CC sobre queja por retardo, privación o denegación de justicia", expte. nº 4571/06, resolución del 7/3/2006, las actuaciones originadas con fundamento en la competencia atribuida al TSJBA por el art. 113, inc. 4º, CCBA —y que reglamenta la ley 402 en sus arts. 36 y 37— no tienen por objeto un supuesto de la naturaleza de los contemplados en el art. 2º de la ley 27, precepto en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha encontrado la reglamentación legislativa del concepto de causa contenido en el antiguo art. 100, hoy 116 de la C.N. A la luz de lo que esos textos disponen, el Poder Judicial federal debe ser ejercido en una controversia actual y concreta entre partes adversas. Tal presupuesto no se verifica en estas actuaciones, que conciernen al reclamo efectuado por el peticionario por la demora de un órgano jurisdiccional en emitir resolución dentro de los plazos pertinentes.

La herramienta de la privación, denegación o retardo de justicia, conforme se encuentra regulada por las normas locales (art. 113, inc. 4º, CCBA y 33 y ss., ley 402), tiene como objeto canalizar reclamos de superintendencia (conf. lo dicho con relación a una legislación análoga por Ibáñez Frocham, véase cita de Lino, Enrique Palacio, en *Derecho procesal civil*, t. V, p. 317, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993) que no constituyen técnicamente un caso o causa de carácter contencioso (arts. 2º y 4º de la ley 27 y art. 14, ley 48), es decir una cuestión cuyo objeto sea un conflicto acerca de la existencia y alcance de un derecho subjetivo ni es un incidente en una causa, y, por ende, la resolución adoptada al respecto no es susceptible de ser atacada mediante el recurso intentado.

Por ello, propicio declarar inadmisible el recurso extraordinario federal planteado.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Coincido con la solución propuesta en el voto del señor juez de trámite, Dr. Luis F. Lozano, consistente en declarar inadmisible el recurso extraordinario federal intentado.

2. La apelación extraordinaria regulada en el art. 14 de la ley 48 sólo puede interponerse contra sentencias definitivas, es decir, aquellas que privan definitiva-

mente al interesado de los medios legales para reclamar la tutela de sus derechos. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en forma reiterada, ha sostenido que "(e)s requisito de procedencia del recurso extraordinario que el pronunciamiento apelado revista el carácter de sentencia definitiva, entendiéndose por tales aquellas que ponen fin al pleito o hacen imposible su continuación, como así también las que causan 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,* 303:1040, entre muchos otros).

Desde esta perspectiva, cabe destacar que el pronunciamiento objetado, por un lado, no impide que el interesado cuestione ante este mismo Tribunal —por la vía del art. 113, inc. 4º, primera parte, de la CCBA— cualquier situación concreta y actual de retardo que pudiera derivarse del tratamiento brindado por el juez de la causa a la cuestión relativa al pedido de efectivización de las sanciones conminatorias dispuestas en el marco del expediente "Marini, Ricardo Fabio c/GCBA s/amparo" (expte. nº 18.301/0); por otro lado, si —tal como estaba previsto— estas cuestiones ya han sido abordadas por el titular del Juzgado Nº 1 CAyT a partir de la celebración de la audiencia por él fijada para el pasado 10 de marzo, tampoco se ha demostrado que existan impedimentos para que el interesado formule contra esa decisión los planteos que estime pertinentes, a través de las vías recursivas que el CCAyT pone a su disposición.

La mera invocación de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia o del desconocimiento de garantías constitucionales no permite soslayar la inexistencia de sentencia definitiva para la concesión del recurso (doctrina de *Fallos,* 304:749, 304:1717, 306:1679, 312:311, entre otros).

3. Además, cabe agregar que este Tribunal, al dictar la resolución del 2/3/2010 que ahora se objeta, puso especialmente de resalto que el tratamiento de todas las cuestiones relacionadas con el alegado incumplimiento denunciado en la presente queja por privación, denegación o retardo de justicia que remite al trámite de la causa "Marini, Ricardo c/GCBA s/amparo" (expte. n º 18.301/0), radicada ante el Juzgado CAyT Nº 1, había sido previsto para el momento de celebrarse la referida audiencia con la presencia de las partes fijada para el día 10/3/2010 por el juez de primera instancia que entiende en ese proceso.

Nada se dice en el recurso extraordinario federal interpuesto con fecha 17/3/2010 (conf. cargo de fs. 177) acerca de la celebración y el resultado de esa audiencia ordenada por el juez de grado, con lo cual ni siquiera resulta posible determinar en esta ocasión la subsistencia actual del gravamen oportunamente alegado por el Sr. Marini, requisito que, por regla, resulta común para todo tipo de recurso (conf. *Fallos,* 256:327; 267:499; 315:2125 y 319:1218, entre muchos otros).

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Me adhiero al voto del juez José O. Casás.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* inadmisible el recurso extraordinario federal planteado a fs. 161/177.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y se archive.

La jueza Alicia E. C. Ruiz no firma por estar con licencia.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - José O. Casás.*

LV

"EMPRENDIMIENTOS INDU-SYSTEM S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'EMPRENDIMIENTOS INDU-SYSTEM S.A. C/GCBA S/COBRO DE PESOS'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional. Cuestiones de hecho y prueba. Interpretación de normas infraconstitucionales. Pago a proveedores. Mora de la Administración. Intereses. Principio de legalidad. Derecho de propiedad. Costas.

SUMARIOS:

1. La sociedad recurrente se agravia de la omisión infundada de la Camára al aplicar el régimen del art. 61, inc. 113, del dec. 5720/72, para el cálculo de los intereses, resolviendo la cuestión, por remisión a las razones que fundaron sus fallos "Ottonello" y "Paletta", y cualquiera sea el mérito de esas razones, ellas no han sido examinadas por la actora; sin que baste a tales fines con la mera insistencia en remitir al mencionado régimen del decreto, cuya aplicación generalizada descartan los precedentes de la Cámara con cita en lo resuelto por la CSJN *in re* "YPF v. Provincia de Corrientes", *Fallos*, 315:158. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

2. A efectos de abrir la competencia revisora del Tribunal debe acreditarse la existencia de una cuestión constitucional (conf. el art. 113, inc. 3º de la CCBA), la de una federal o, por último, que la decisión del *a quo* acerca de cuestiones de hecho, prueba e interpretación de normas locales no constitucionales resulta insostenible por ser fruto del mero arbitrio de los jueces, sin que baste a tales fines, únicamente, con discrepar con lo decidido por el *a quo*. (*Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

3. Para acreditar la existencia de un caso constitucional no basta sostener un criterio interpretativo distinto del seguido en la sentencia de la Cámara, sino que

resulta imprescindible hacerse cargo de rebatir todos y cada uno de los fundamentos en que se apoyó el decisorio para arribar a las conclusiones que agravian al impugnante. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

4. Al no estar controvertido que el dec. 5720/72 era el marco normativo aplicable a la contratación que vinculara a las partes y que dicha norma contenía una previsión expresa en cuanto a intereses por mora de la Administración en el pago a sus proveedores, corresponde aplicar la norma específica (61 inc. 113 del dec. 5720/72) y revocar en este aspecto la decisión de la Sala I, que se apartó injustificadamente de aquélla, vulnerando el principio de legalidad y el derecho de propiedad de la accionante. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

5. Si bien es cierto que los camaristas no se refirieron expresamente a las críticas de la accionante a la condena en costas de la primera instancia, al resolver el recurso de aclaratoria y reposición *in extremis* interpuesto por la recurrente, la Sala I expresó que atento la forma en que se resolvía el litigio en la sentencia de primera instancia resultaba correcta la imposición de costas en la proporción en que fue dispuesta (90 % a la demandada y 10 % a la actora), rechazando el recurso de apelación presentado por el GCBA [contra la aclaratoria dictada por el magistrado de grado en cuanto a la condena en costas]. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. SACAyT nº 6773/09 - 7/4/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Emprendimientos Indu-System S.A. (en adelante, "EIS") promovió demanda contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (desde aquí, "GCBA") por cobro de $ 414.500 en concepto de pago por servicios de control sanitario de alimentos (facturas nos. 21, 22, 26, 28 y 30), con más intereses, costas y daños y perjuicios (fs. 63/72).

2. La Procuración contestó demanda y reconvino por nulidad de la contratación en que se basa el reclamo de las facturas nos. 28 y 30 (fs. 73/98 vta.).

3. En primera instancia se hizo lugar parcialmente a la demanda (fs. 1/9). En lo relevante, se resolvió:

i) condenar al GCBA a abonar a la actora $ 414.500 en concepto de pago de las facturas por servicios prestados entre el 13/10/1993 y el 13/3/1994, con más los intereses calculados a la tasa pasiva que publica el Banco Central de la República Argentina, excepto en el período que va desde el 6/1/2002 al 30/9/2002, en el que se aplicaría la tasa activa publicada por dicha entidad;

ii) rechazar el reclamo indemnizatorio de EIS; y

iii) desestimar la reconvención por nulidad articulada por el Gobierno.

Las costas se impusieron en un 90 % al demandado y en un 10 % a la accionante.

4. Apelado el fallo por ambas partes en cuanto a las costas y por la actora también en cuanto a la tasa de interés fijada, la Sala I de la Cámara CAyT de la Ciudad confirmó la tasa de interés aplicada por el magistrado de grado así como la imposición de costas de la primera instancia.

5. Contra la decisión del *a quo*, EIS presentó recurso de inconstitucionalidad que, denegado, dio lugar a la queja de fs. 52/57.

6. El fiscal general adjunto propició el rechazo del recurso directo (fs. 116/118).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Recurso de queja

1. La queja de fs. 52/57 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. Antes de ocuparme del recurso de fs. 29/34 vta., no quiero dejar de resaltar las particularidades que presenta el trámite de esta causa.

Contra el pronunciamiento de primera instancia, la actora dedujo *i)* recurso de aclaratoria en virtud de que el juez no había consignado en el resolutorio la imposición de costas tratada en el considerando XIII de la sentencia (fs. 99), y *ii)* recurso de apelación en cuanto a las costas y la tasa de interés fijada (fs. 99 y memorial de agravios, fs. 10/13).

El magistrado hizo lugar a la aclaratoria (fs.100), y amplió la parte resolutiva del fallo imponiendo las costas en un 90 % al Gobierno y en un 10 % a EIS.

Por su parte, la Ciudad interpuso dos recursos de apelación: uno contra la decisión de grado en cuanto al fondo y otro contra la resolución que acogió la aclaratoria de la accionante (véase relato efectuado por el *a quo* a fs. 35 y vta.).

Con fecha 19/11/2007 (fs. 18), la Sala I *i)* declaró extemporáneo el recurso de apelación del GCBA contra la sentencia de primera instancia en cuanto al fondo, y *ii)* ordenó que se colocaran las actuaciones en Secretaría por el plazo de 10 días para que la actora fundara su recurso de apelación y para que el accionado presentara el memorial correspondiente al recurso de apelación que articulara contra lo resuelto en la aclaratoria de fs. 100 en materia de costas.

Haciendo caso omiso del auto del 19/11/2007, la Procuración expresó agravios en relación con los dos recursos que había interpuesto (véase reseña de fs. 35 y vta.). Ante esta situación, la Cámara dictó una providencia en la que indicó que únicamente se tendrían en cuenta los cuestionamientos del Gobierno dirigidos contra la aclaratoria de primera instancia (véase relato de fs. 35 y vta.).

Sin embargo, el 22/12/2008 la Sala I *i)* hizo lugar parcialmente al recurso (tardío) del GCBA, *ii)* revocó la sentencia de primera instancia con respecto a la condena impuesta a la Ciudad a abonar los montos reclamados en las facturas 028 y 030, *iii)* rechazó el recurso de apelación de EIS, y *iv)* impuso las costas de ambas instancias en el orden causado (fs. 19/25 vta.). En otros términos: no obstante haber declarado extemporánea la apelación deducida por la Ciudad contra la decisión de primera instancia en cuanto al fondo, los camaristas conocieron en dicho recurso y modificaron una sentencia que en ese aspecto había quedado firme.

Contra lo resuelto el 22/12/2008, la actora dedujo recurso de aclaratoria y de reposición *in extremis* (fs. 26/28 vta.) a fin de que se subsanara el error de la Cámara consistente en conocer en el recurso interpuesto tardíamente por el Gobierno, pese a que ella misma había declarado y ratificado la improcedencia de su tratamiento, con la consecuente modificación de aspectos de la sentencia de primera instancia que habían quedado firmes. La empresa también dedujo recurso de inconstitucionalidad contra el pronunciamiento en cuestión (fs. 29/34 vta.) en el que reiteró lo expresado en el recurso de aclaratoria y reposición *in extremis* e impugnó la tasa de interés aplicada y la imposición a su parte del 10 % de las costas de la primera instancia.

Frente al recurso de aclaratoria y reposición *in extremis*, la Sala I (fs. 35/36) entendió que correspondía corregir el error cometido y dejar sin efecto el pronunciamiento del 22/12/2008 "sólo en los puntos relativos al tratamiento de los agravios interpuestos por el Gobierno en su recurso declarado extemporáneo" (fs. 35 vta.). Los camaristas consideraron *i)* que se mantenía firme el rechazo del recurso de apelación de la actora en cuanto a la tasa de interés aplicable así como la imposición de las costas de la segunda instancia en el orden causado, y *ii)* que debía confirmarse la imposición de costas de la primera instancia.

Ante la decisión de fs. 35/36, EIS mantuvo el recurso de inconstitucionalidad oportunamente interpuesto, en lo referente a la tasa de interés aplicada y a la imposición a su parte del 10 % de las costas de primera instancia (fs. 37).

El recurso de inconstitucionalidad de la actora no fue concedido (fs. 49/50), lo que motivó la queja de fs. 52/57. Ahora bien: al declarar inadmisible el recurso de inconstitucionalidad de EIS, en los "vistos" del auto denegatorio, los magistrados señalaron que seguidamente analizarían el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la sentencia de fs. 979/985, sin advertir que dicha sentencia había sido modificada por ellos mismos en virtud del recurso de aclaratoria y reposición *in extremis* interpuesto por la accionante.

Por su parte, el fiscal general adjunto (fs. 116/118) emitió su dictamen en función de la sentencia dictada por la Cámara el 22/12/2008, sin tener en cuenta que la Sala I dejó sin efecto tal decisión en aquellos aspectos vinculados con el improcedente tratamiento de los agravios expresados por el GCBA en su apelación declarada extemporánea.

3. El recurso de inconstitucionalidad satisface las condiciones de admisibilidad. Ha sido interpuesto en tiempo y forma contra una sentencia definitiva

dictada por el tribunal superior de la causa, y quien recurre goza de legitimación y capacidad procesal.

4. Los agravios de la recurrente se dirigen a atacar la tasa de interés fijada y la imposición a su parte del 10 % de las costas de la primera instancia.

En cuanto a la primera cuestión, la empresa dijo:

i) que la Sala I debió aplicar el art. 61 inc. 113 del dec. 5720/72 (Reglamento de Contrataciones del Estado) que establece que para casos como el de autos debe utilizarse la tasa activa del Banco Nación para sus operaciones de descuento a 30 días;

ii) que los fallos citados por la Cámara ("Paletta, Aldo Daniel c/GCBA s/revisión cesantías o exoneraciones de emp. púb." y "Ottonello, Juan Carlos y otros c/GCBA s/empleo público [no cesantía y exoneración]") eran inaplicables pues se trataba de relaciones de empleo público y para dichas contrataciones no existía una norma específica en cuanto a intereses;

iii) que en el expte. nº 4651/05 "Proanálisis S.A. c/GCBA s/impugnación actos administrativos s/recurso de apelación ordinario concedido" y su acumulado nº 4649/06 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Proanálisis S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'", este Tribunal aplicó la tasa de interés prevista en el art. 61, inc. 113 del dec. 5720/72, y que por tratarse aquel caso del juicio promovido por uno de los laboratorios que efectuaba el control bromatológico de alimentos coordinado por EIS, "resultaría un verdadero escándalo jurídico que se utilizaran distintos criterios para compensar los intereses debidos por la misma operatoria" (fs. 31 vta.); y

iv) que si se confirmara la sentencia recurrida, se afectaría el derecho de propiedad al prescindir de una norma específica que regula el supuesto de autos y se lesionaría el principio de igualdad ante la ley al resolver dos situaciones idénticas en forma diametralmente opuesta.

Cabe recordar que en relación con la tasa de interés aplicable, el *a quo* confirmó la decisión de grado remitiéndose a lo resuelto por la Cámara en las causas "Ottonello, Juan Carlos y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía y exoneración)" y "Paletta, Aldo Daniel c/GCBA s/revisión cesantías o exoneraciones de emp. púb.".

En lo relativo a la condena a abonar el 10 % de las costas de la primera instancia, la actora expresó que la Sala I "(...) nada manifestó respecto a las observaciones formuladas por mi parte..." (fs. 31 vta.). EIS reiteró:

i) que el juez de grado le impuso el 10 % de las costas por haber acogido favorablemente la demanda en lo principal del reclamo y haberla rechazado en cuanto a la indemnización solicitada, sin merituar la crisis económico-financiera del país al momento del inicio de las actuaciones (26/2/2002) que la había llevado a considerarse con derecho a peticionar daños y perjuicios;

ii) que (fs. 32 vta.) "(...) en materia de imposición de costas no debe evaluarse el resultado del pleito con un criterio aritmético, sino jurídico, atendiendo al objeto principal debatido y resuelto"; y

iii) que como consecuencia de la imposición parcial de costas a la accionante se afectó el principio de integridad del pago y, en consecuencia, su derecho de propiedad.

5. El planteo de la actora en materia de intereses moratorios debe ser acogido porque introduce una cuestión constitucional (afectación del principio de legalidad y del derecho de propiedad). Ello, por los motivos que a continuación expongo.

En primer lugar, existe coincidencia entre las partes en que el dec. 5720/72 —Reglamento de Contrataciones del Estado— regulaba la contratación que uniera a EIS con la ex MCBA. En efecto, el propio Gobierno al contestar la demanda afirmó:

i) que (fs.76) "[d]e existir, la relación bilateral entablada entre las partes, (...) quedaría encuadrada como 'contrato de prestación de servicios' regido por el dec. 5720-72";

ii) que (fs. 77 vta.) "(...) el dec. 5720/72 resultaba plenamente aplicable en todo aquello no contemplado en el pliego y en las normas enunciadas en el mismo."; y

iii) que (fs. 84 vta.) "[a] la contratación le resultan expresamente aplicables las pautas establecidas en el art. 61 de la Ley de Contabilidad, reglamentada por el dec. 5720/72, en cuanto a la etapa de ejecución".

El art. 61 inc. 113 del dec. 5720/72 establecía lo siguiente: "A partir del día siguiente del vencimiento del plazo establecido para el pago el proveedor podrá reclamarlo por nota en la tesorería respectiva así como también, y sin otro requisito, la liquidación de intereses que pudieran corresponderle.

Si la demora en el pago no obedeciera a causas imputables al acreedor dichos intereses se liquidarán a la tasa fijada por el Banco de la Nación Argentina para los descuentos en general, los que correrán desde la fecha del vencimiento del plazo para el pago no efectuado en término hasta el momento en que se remita comunicación fehaciente al acreedor de que los fondos se encuentran a su disposición, o en su defecto, cuando éste hiciera efectivo el importe de su crédito.

La nota de débito por intereses, podrá ser presentada por el acreedor hasta 30 días después de haber hecho efectivo el cobro de su crédito. Vencido dicho plazo perderá todo derecho a su reclamo".

En suma: por un lado, no está controvertido que el dec. 5720/72 era el marco normativo aplicable a la contratación que vinculara a las partes y, por otro, dicha norma —entonces vigente— contenía una previsión expresa en cuanto a intereses por mora de la Administración en el pago a sus proveedores.

En consecuencia, corresponde aplicar la norma específica que regula el caso de autos (61 inc. 113 del dec. 5720/72) y revocar en este aspecto la decisión de la Sala I, que se apartó injustificadamente de aquélla, vulnerando el principio de legalidad y el derecho de propiedad de la accionante.

Por lo demás, las objeciones de EIS en cuanto a la tasa de interés fijada por el *a quo* son sustancialmente similares a las formuladas por la actora en el expte. nº 4651/05 "Proanálisis S.A. c/GCBA s/impugnación actos administrativos s/recurso de apelación ordinario concedido" y su acumulado nº 4649/06 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Proanálisis S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'", por lo que la solución propiciada en el párrafo anterior es idéntica a la que el Tribunal adoptara en aquella oportunidad.

6. Distinta suerte debe correr el segundo agravio de la actora. La empresa afirma que la Cámara no trató sus planteos vinculados con la imposición a su parte del 10 % de las costas de la primera instancia.

Es cierto que los camaristas no se refirieron expresamente a las críticas de la accionante a la condena en costas de la primera instancia. Sin embargo, al resolver el recurso de aclaratoria y reposición *in extremis* interpuesto por EIS, la Sala I expresó (fs. 35 vta.) que "(...) atento la forma en que se resuelve el litigio en la sentencia de primera instancia resulta correcta la imposición de costas en la proporción en que fue dispuesta (90 % a la demandada y 10 % a la actora) de tal forma que corresponde rechazar el recurso de apelación presentado por el GCBA [contra la aclaratoria dictada por el magistrado de grado en cuanto a la condena en costas]". Por lo tanto, no puede decirse que el *a quo* omitió revisar las costas impuestas en el pronunciamiento de grado. En otros términos: los agravios de la actora en materia de costas fueron considerados —si bien de manera poco explícita— cuando la Cámara manifestó que compartía el criterio del juez de primera instancia y sostuvo que éste no era arbitrario ni irrazonable.

En conclusión, el recurso de inconstitucionalidad en este punto no logra presentar un caso constitucional.

7. Por lo expuesto, voto por *i)* admitir la queja, *ii)* hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad y *iii)* revocar parcialmente la decisión del tribunal superior de la causa en cuanto a la tasa de interés aplicada. En atención al modo en que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 65 CCAyT, resulta razonable imponer las costas en esta instancia en el orden causado. Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La presente queja debe ser rechazada porque la recurrente no muestra una cuestión susceptible de ser tratada en esta instancia, ni tampoco ha controvertido los fundamentos que le dio el *a quo* para resolver en la forma que lo hizo.

2. La sociedad recurrente se viene agraviando de lo que entiende constituyó la omisión infundada de aplicar el régimen del art. 61, inc. 113, del dec. 5720/72, para el cálculo de los intereses. Pero, en verdad, la Cámara, para resolver dicha cuestión, remitió a las razones que fundaron sus fallos "Ottonello" y "Paletta". Cualquiera sea el mérito de esas razones, lo cierto es que no han sido examinadas por la actora; sin

que baste a tales fines con la mera insistencia en remitir al mencionado régimen del dec. 5720/72, cuya aplicación generalizada descartan los precedentes de la Cámara con cita en lo resuelto por la CSJN *in re* "YPF v. Provincia de Corrientes", *Fallos*, 315:158. Asimismo, tampoco resulta cierto que, *prima facie*, esos precedentes tengan por fin reglar una situación distinta de la presente. La Corte, en ese fallo, analizó una pretensión similar a la que acá nos ocupa: la procedencia del cobro de unas facturas que la parte actora afirmaba impagas.

No modifica lo expuesto el hecho de que la recurrente cite lo resuelto por el Tribunal en materia de intereses *in re* "Proanálisis S.A. c/GCBA s/impugnación actos administrativos s/recurso de apelación ordinario concedido", expte. nº 4651/05 y su acumulado "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Proanálisis S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos"', expte. nº 4649/06, sentencia del 15/11/2006. En esa causa la actora venía recurriendo la sentencia de Cámara mediante un recurso ordinario de apelación, por lo que la competencia revisora de este Tribunal era la misma que detenta una instancia de mérito. Esa situación difiere de la presente. En el caso, la recurrente para abrir la competencia revisora del Tribunal debe acreditar la existencia de una cuestión constitucional (conf. el art. 113, inc. 3º de la CCBA), la de una federal (conf. la doctrina de *Fallos*, 311:2478) o, por último, que la decisión del *a quo* acerca de cuestiones de hecho, prueba e interpretación de normas locales no constitucionales resulta insostenible por ser fruto del mero arbitrio de los jueces, sin que baste a tales fines, únicamente, con discrepar con lo decidido por el *a quo*; extremos que la recurrente, por los motivos indicados en el párrafo que antecede, no ha logrado acreditar en el *sub lite*.

En ese marco, y tal como señalé *supra*, cualquiera sea el valor de la solución a la que arribó el *a quo*, lo cierto es que no ha sido controvertida eficazmente por la hoy recurrente.

3. Finalmente, por las razones dadas por mi colega, la Dra. Alicia E. C. Ruiz, en el punto 6 de su voto, a las que me remito, corresponde rechazar la queja también con relación a los planteos dirigidos a impugnar la forma en que fueron distribuidas, por los jueces de mérito, las costas del proceso.

Por lo expuesto, y lo concordantemente dictaminado por el señor fiscal general adjunto, voto por rechazar la queja de fs. 52/57.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez Luis F. Lozano.

El juez José O. Casás dijo:

1. Coincido con la solución que propician mis colegas Luis F. Lozano y Ana María Conde, consistente en rechazar el recurso de queja incoado por la actora a fs. 52/57.

2. En mi concepto, las manifestaciones vertidas por la quejosa en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto a fs. 29/34 vta. y en el remedio que ahora lo sos-

tiene trasuntan únicamente su discrepancia con el decisorio atacado mas no poseen entidad para poner en crisis, concreta y razonadamente, los distintos fundamentos esgrimidos por el *a quo* —por remisión a distintos precedentes— para desestimar el planteo de la accionante relativo a la tasa de interés aplicable al crédito reconocido judicialmente en el *sub examine*. Más allá del acierto o error del criterio adoptado por los jueces de la causa en este punto, lo cierto es que la mera alusión a que los expedientes a los que remitió la Sala I, Cámara CAyT para fundar su posición se referían a supuestos de hecho diferentes al de autos no resulta suficiente para desatender sin más la incidencia que la ley 23.928 y sus reglamentaciones vino a tener sobre esta materia; cuestión abordada in extenso por el *a quo* en aquellos precedentes.

Al respecto, resulta oportuno recordar que para acreditar la existencia de un caso constitucional no basta sostener un criterio interpretativo distinto del seguido en la sentencia de la Cámara, sino que resulta imprescindible hacerse cargo de rebatir todos y cada uno de los fundamentos en que se apoyó el decisorio para arribar a las conclusiones que agravian al impugnante (véase para el recurso extraordinario federal doctrina de *Fallos*, 283:404; 302:155; 311:169, 542; entre muchos otros, aplicable *mutatis mutandi* al ámbito del recurso de inconstitucionalidad local). Así entonces, forzoso es concluir que en autos no se ha logrado exponer fundadamente un caso constitucional, conforme lo establece el art. 27 de la ley 402.

3. Así las cosas, la falta de adecuada fundamentación para habilitar esta instancia revisora me inhibe de ingresar al tratamiento de una cuestión marcadamente controvertida y en la cual pugnan —una vez más— las concepciones ortodoxamente nominalistas con las apreciaciones sustancialistas, en la medida en que las tasas de interés sobre capitales no actualizados han tenido desde antiguo como función la de retribuir la no disponibilidad de recursos económicos y, por otro lado, la de recomponer la pérdida del valor adquisitivo de la moneda en períodos de marcada inestabilidad, como en el que actualmente ha ingresado nuestra economía.

Así lo voto.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar l*a queja planteada por Emprendimientos Indu-System S.A.

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 - José O. Casás.*

LVI

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

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional. Cuestiones de hecho y prueba. Interpretación de normas infraconstitucionales. DIFERENCIAS SALARIALES: Adicionales. Intereses. Principio de congruencia. Derecho de defensa. ARBITRARIEDAD DE SENTENCIA: Alcances.

SUMARIOS:

1. Establecer el alcance de las pretensiones de las partes así como el carácter oportuno con que son articuladas, es materia de hecho regulada por las leyes procesales, cuya determinación es, por ello y como principio, 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).*

2. Los agravios del GCBA respecto del alcance asignado por la resolución cuestionada a la pretensión de las actoras, que la Cámara ponderó comprensiva de los intereses correspondientes al capital reclamado, con invocación de la afectación de su derecho de defensa (arts. 18 C.N. y 10 y 13 CCBA) como consecuencia de la vulneración del principio de congruencia, no logran 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 no constitucionales mencionadas, lo que priva a los preceptos constitucionales invocados de relación directa con lo resuelto. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. Corresponde admitir el recurso de queja y proceder al tratamiento del recurso de inconstitucionalidad subyacente 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.). *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

4. 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. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

5. 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).*

6. De la expresión “adicionales” no puede extraerse que la parte esté reclamando intereses, puesto que los adicionales son los “plus” que pueden recibir los trabajadores en virtud de determinadas circunstancias que pueden ser referidas a su persona, al puesto de trabajo, a la forma de cumplimiento de la tarea, a la residencia del trabajador o al rendimiento individual o colectivo o a las ganancias de la empresa en un lapso determinado de tiempo, de modo que la concesión de los intereses importa la violación del principio procesal de congruencia, pues 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 éstos que tienen entidad suficiente para descalificar el fallo con arreglo a la doctrina de la Corte sobre arbitrariedad. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. SACAyT n° 6819/09 - 7/4/2010

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. Susana Noemí Tedesco, Carmen Lucía Aiello, Hilda Humar, Stella Maris Peruyera de Trombetta, Mónica Elisa Martinez, Amelia Alicia Amnini, Marta María Carrubba, Fanny Edith Risso, Alicia Beatriz Gimenez y Ninfa Ester Hobert, en su carácter de preceptoras de escuelas transferidas 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).

El juez de primera instancia hizo lugar a la demanda y, en lo que aquí importa, condenó al GCBA al pago de las diferencias salariares y los intereses. En tal sentido, dispuso que a “...los importes resultantes deberán adicionárseles intereses desde que cada suma es debida, que se calcularán en función de la tasa pasiva promedio que publica mensualmente el Banco de la Ciudad de Buenos Aires, a excepción del período comprendido entre el 6 de enero de 2002 al 30 septiembre de 2002, en que deberán calcularse en base a la tasa activa que publica el Banco de la Nación Argentina (Cámara CAyT, Sala II *in re* ‘María, Rodolfo César c/GCBA —Dirección General de Espacios Verdes— s/daños y perjuicios’, sentencia del 19/5/2005 y sus citas)” (fs. 24).

2. El GCBA apeló la condena al pago de intereses por no haber sido ellos pedidos en la demanda (fs. 26/30).

La Sala I de la Cámara CAyT, por mayoría, confirmó el fallo de primera instancia (fs. 37/40). En su voto, el juez Horacio G. Corti, al que adhirió el juez Carlos F. Balbín, expresó: que "[s]obre es[a] cuestión, este Tribunal ha resuelto recientemente por mayoría que el reclamo principal —reconocimiento de diferencias salariales derivadas de una relación de empleo público— lleva implícito el de sus accesorios, por lo que la omisión de peticionar expresamente en la demanda el cómputo de intereses no obsta su reconocimiento judicial (véase 'Kosovel, Nélida y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)' expte. nº 3664/0, del 28/11/2007, y 'Roisenzvit, Carmen Adela y otros s/GCBA s/empleo público', expte. nº 6638, del 17/4/2008, en ambas, el voto del Dr. Carlos F. Balbín)" (fs. 38).

3. El GCBA interpuso contra dicha decisión recurso de inconstitucionalidad (fs. 41/48 vta.) por considerar que la sentencia, al condenarlo al pago de intereses, afectó su derecho de defensa y la garantía del debido proceso, en tanto, a su juicio: *a)* vulnera el principio de congruencia, puesto que los mencionados intereses no fueron pedidos por la parte interesada y que en consecuencia no integraron la litis, *b)* carece de fundamentos suficientes y *c)* prescinde de la normativa directamente aplicable. Por las mismas razones tachó la sentencia de arbitraria (fs. 43 vta./48).

Contestado el traslado por la parte actora (fs. 49/53 vta.), el recurso fue denegado por la Cámara (fs. 55/55 vta.). El rechazo se sustentó principalmente en que el recurrente no lograba exponer debidamente un genuino caso constitucional y en que tampoco podía considerarse configurada la causal de arbitrariedad, porque la sentencia "...no resulta contradictoria, carente de lógica o de insuficiente fundamentación jurídica" (fs. 55 vta.).

4. Contra la denegatoria, el GCBA interpuso la presente queja (fs. 57/69).

Requerido su dictamen, el señor fiscal general adjunto sostuvo que: "...las sentencias de primera instancia y de la Cámara, al no haber limitado sus pronunciamientos sólo a lo que ha sido pedido por las partes, han incurrido en incongruencia por apartamiento de las cuestiones incluidas en la pretensión de las actoras y en la oposición del demandado, afectando seriamente el derecho de defensa de esa parte. De tal 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" (fs. 75). 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 CAyT en cuanto condena al pago de intereses" (fs. 75).

FUNDAMENTOS:

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 de hecho regulada por las leyes procesales, cuya determinación es, por ello y como principio, privativa de los jueces de la causa.

Los agravios que desarrolla el GCBA giran en derredor del alcance asignado por la resolución cuestionada a la pretensión de las actoras, 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, al remitirse a lo dicho en las causas "Kosovel" y "Roisenzvit" (citadas en el segundo párrafo del punto 2 de los "resulta"), del derecho de las actoras a una remuneración justa e integral a la luz de las normas locales no constitucionales que consideró aplicables al caso (arts. 7º, inc. b del Estatuto Docente —ordenanza 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 (arts. 18 C.N. y 10 y 13 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 no constitucionales 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.

En virtud de lo dicho, el agravio relativo al apartamiento de precedentes, aún si se tratasen de pronunciamientos del mismo tribunal —circunstancia esta última que el GCBA no muestra, en tanto los precedentes que cita fueron pronunciados por una Sala diferente a la que dictó la sentencia que ahora cuestiona—, no logra conmover la solución propiciada, puesto que ello no alcanzaría para soslayar que el recurrente no introduce argumentos consistentes de los que se desprenda que la solución opuesta a la adoptada en el marco de esta causa sería la correcta, y que ésta deba ser descartada —conf. 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)'".

Por tanto, oído el señor fiscal general adjunto, corresponde rechazar la presente queja, por no ser admisible el recurso de inconstitucionalidad planteado por el GCBA.

El juez José O. Casás dijo:

1. La cuestión planteada en las presentes actuaciones resulta sustancialmente análoga a la resuelta por este Tribunal *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; y más recientemente *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Gadea, Juan Carlos y otros y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. n° 6581/08, sentencia del 29/10/2009, y sus citas, entre muchos otros. Tal como en aquellas oportunidades, entiendo que la queja interpuesta por el GCBA a fs. 57/69 vta. debe ser rechazada, por los motivos que se expondrán a continuación.

2. La demandada sostiene que se ha vulnerado el principio de congruencia y, en consecuencia, su derecho de defensa en juicio, en tanto 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. En definitiva, se encuentra en discusión 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).

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. 13, inc. 3º, de la CCBA.

En particular, 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.

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.

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 otros expediente ("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; "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 20/10/2008 y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Kosovel, Nélida y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. n° 6185, sentencia del 29/4/2009); "Gadea, Juan Carlos y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)", expte. n° 6581/08, sentencia del 29/10/2009".

Y la solución que propicio en el caso es la misma que sostuviera en aquellas actuaciones, a las que por razones de brevedad me remito

Por lo expuesto, voto por declarar admisible la queja y desestimar el recurso de inconstitucionalidad por improcedente, con costas.

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.

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. La cuestión traída a conocimiento del Tribunal es sustancialmente similar a la resuelta en las causas "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; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Galli, Andrea Carolina y otros

c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. n° 5925/08, sentencia del 20/11/2008; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Kosovel, Nélida y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. n° 6185/08, sentencia del 29/4/2009; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Roisenzvit, Carmen Adela y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. n° 6367/08, sentencia del 30/7/2009; y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Gadea, Juan Carlos y otros y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. n° 6581/08, sentencia del 29/10/2009. Por este motivo, considero acertado exponer sucintamente los argumentos que relaté en dichos precedentes.

3. 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.

4. 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.

5. De la expresión "adicionales" no puede extraerse que la parte esté reclamando intereses, puesto que los adicionales son los "plus" que pueden recibir los trabajadores en virtud de determinadas circunstancias que pueden ser referidas a su persona, al puesto de trabajo, a la forma de cumplimiento de la tarea, a la residencia del trabajador o al rendimiento individual o colectivo o a las ganancias de la empresa en un lapso determinado de tiempo. Así, la concesión de los intereses importa la violación del principio procesal de congruencia, pues 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 éstos 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).

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, tal como lo sostiene el GCBA en su recurso.

6. En virtud de lo anteriormente expuesto, 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.

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 CAyT en cuanto confirmó la condena de primera instancia al pago de intereses;

c) imponer las cosas 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).

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* que los agravios planteados por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no satisfacen los requisitos establecidos en el art. 27 de la ley 402.

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 - José O. Casás.*

LVII

"MUNDO GRÚA S.R.L. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'MUNDO GRÚA S.R.L. C/GCBA S/EJECUCIÓN DE SENTENCIAS CONTRA AUT. ADM.'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos. Cuestión federal. Cuestiones de hecho y prueba. Expropiación. Valuación del bien. Derecho de propiedad.

SUMARIOS:

1. La recurrente pretende que la Corte Suprema de Justicia revise el rechazo del pedido de apertura a prueba y de reajuste del valor nominal de la condena, lo cual remite al examen del alcance asignado por los jueces de las distintas instan-

cias a las conductas adoptadas por las partes y el juez de primera instancia en el proceso de ejecución de sentencia, así como a la interpretación dada a las normas infraconstitucionales (procesales) que dieron sustento a lo decidido, tópicos que corresponden por su carácter fáctico y procesal a los jueces de la causa y resultan ajenos al remedio federal intentado *(Voto de las señoras juezas Ana María Conde y Alicia E. C. Ruiz, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

2. La invocación genérica de derechos y principios constitucionales que formula la actora (arts. 17, 18, 28 y 31, C.N.) para justificar la apertura de la instancia extraordinaria, no permite conceder el recurso articulado, pues tales preceptos no guardan relación directa e inmediata con lo decidido (art. 15, ley 48), en tanto la recurrente no vincula argumentativamente las normas constitucionales presuntamente afectadas con la cuestión debatida, ni controvierte los fundamentos de la sentencia sobre esa base. *(Voto de las señoras juezas Ana María Conde y Alicia E. C. Ruiz, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

3. El recurso federal debe ser concedido pues el recurrente viene sosteniendo que la decisión de los jueces de no hacer lugar a su pedido de que se realice una nueva valuación del bien sujeto a expropiación conculca lo dispuesto en el art. 17 de la C.N.; en particular porque su planteo versa acerca de cuándo y en qué condiciones debe tener lugar la indemnización que indica el mencionado artículo para que se le garantice la "justa indemnización" por la que entiende esa norma vela. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. SACAyT nº 6600/09 - 7/4/2010

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. La actora interpone recurso extraordinario federal (fs. 110/130) contra la sentencia de este Tribunal de fecha 25 de noviembre de 2009 que rechazó el recurso de queja que articulara su parte (fs. 93/104).

2. El recurso fue contestado por el Gobierno de la Ciudad, que solicitó su rechazo (fs. 136/143 vta.).

FUNDAMENTOS:

Los jueces Ana María Conde y Alicia E. C. Ruiz dijeron:

1. El recurso extraordinario federal deducido por Mundo Grúa S.R.L. no es admisible.

2. El escrito de interposición del recurso extraordinario reitera prácticamente en su totalidad la fundamentación del recurso de queja de fs. 53/83 vta., y éste la del recurso de inconstitucionalidad de fs. 6/34. La decisión del Tribunal que ahora

se cuestiona consideró improcedente la queja —en apretada síntesis— porque no lograba plantear un caso constitucional —como se puso de manifiesto en el pronunciamiento de fs. 93/104.

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 —como principio—, no son revisables en la instancia extraordinaria, en virtud del carácter fáctico y procesal de las cuestiones que suscitan (conf. *Fallos*, 299:268; 302:1040; 307:819; 311:101, entre muchos otros; y este Tribunal, *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Hernández, Leonardo Javier c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA]'", expte. nº 2184/03, resolución del 13/8/2003).

3. Obsta, también, a la concesión del recurso el carácter no federal de la cuestión de fondo debatida.

La sentencia que, en definitiva, la recurrente pretende que la Corte Suprema de Justicia revise es el rechazo del pedido de apertura a prueba y de reajuste del valor nominal de la condena. Ello remite —como se señalara en el pronunciamiento de fs. 93/104— al examen del alcance asignado por los jueces de las distintas instancias a las conductas adoptadas por las partes y el juez de primera instancia en el proceso de ejecución de sentencia —en especial, la llevada a cabo por Mundo Grúa S.R.L.—, así como a la interpretación dada a las normas infraconstitucionales (procesales) que dieron sustento a lo decidido. Y, como es sabido, tales tópicos corresponden por su carácter fáctico y procesal a los jueces de la causa y resultan ajenos —como principio— al remedio federal intentado (*Fallos*, 289:355; 295:12, 691; 297:551; 299:224; 300:596, 944; 301:1032; 303:2091; 306:479, 1332; 307:951).

4. La invocación genérica de derechos y principios constitucionales que formula Mundo Grúa S.R.L. (arts. 17, 18, 28 y 31, C.N.) para justificar la apertura de la instancia extraordinaria, tampoco permite conceder el recurso articulado, pues —como se apuntara en la resolución que rechazó la queja— tales preceptos no guardan relación directa e inmediata con lo decidido (art. 15, ley 48), en tanto la recurrente no vincula argumentativamente las normas constitucionales presuntamente afectadas con la cuestión debatida, ni controvierte los fundamentos de la sentencia sobre esa base.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha establecido que no procede el recurso extraordinario que, fundado en presuntos quebrantamientos a principios y garantías constitucionales, sólo plantea cuestiones de derecho común y de derecho procesal que no guardan relación directa e inmediata con los artículos invocados de la Constitución Nacional (*Fallos*, 300:130).

5. Ante la ausencia ostensible de cuestión federal, la recurrente procura introducirla merced a la doctrina de la "sentencia arbitraria". Según lo señala la CSJN, la admisibilidad del recurso por esta causal es estricta pues "(l)a 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).

En el caso, los agravios se limitan a discrepar con lo decidido pero omiten hacerse cargo de todos y cada uno de los argumentos en los que el Tribunal sustentó las conclusiones impugnadas. En especial, la referida a que la denegatoria del reclamo de la actora aparece como derivada de su propia conducta discrecional. Ello lleva a concluir que las consideraciones que formula Mundo Grúa S.R.L. sólo traducen su disconformidad con la interpretación de los hechos y de las normas procesales en juego, que constituyen el fundamento del decisorio, sin demostrar la existencia de la alegada arbitrariedad.

6. Por último, 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.

Omitió también, en oportunidad de desarrollar los fundamentos del recurso, cumplir con la exigencia del art. 3°, relativa a demostrar que el pronunciamiento impugnado no deriva de su propia actuación (inc. b), como fue señalado en el punto 5.

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).

7. 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 José O. Casás dijo:

Adhiero al voto conjunto de las doctoras Ana María Conde y Alicia E. C. Ruiz, en tanto allí se pone acabadamente de resalto que los planteos esgrimidos por Mundo Grúa S.R.L. no permiten habilitar la competencia recursiva de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en los términos del art. 14 de la ley 48. Ello así, puesto que, en definitiva, las impugnaciones formuladas —dirigidas a cuestionar el rechazo del pedido de apertura a prueba y de reajuste del valor nominal de la condena dictada en autos— remiten básicamente al examen de las cuestiones de hecho

y derecho procesal infraconstitucional involucradas; en particular, a la valoración efectuada por los jueces de la causa respecto de la conducta procesal adoptada por la actora durante el proceso de ejecución de sentencia —que determinó la suerte adversa de los planteos formulados, por considerárselos extemporáneos.

Asimismo se advierte que, por las razones invocadas precedentemente, la referencia al art. 17 de la C.N. no guarda relación directa e inmediata con lo efectivamente decidido en la presente causa.

Finalmente entiendo que, por regla general, no corresponde al tribunal emisor del fallo impugnado pronunciarse respecto de la invocada arbitrariedad de su decisorio; y, por su parte, a partir de los términos del presente recurso, en el *sub lite* no corresponde hacer excepción a dicha regla.

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

El recurso federal debe ser concedido. El recurrente viene sosteniendo que la decisión de los jueces de no hacer lugar a su pedido de que se realice una nueva valuación del bien sujeto a expropiación conculca, en lo que ahora importa, lo dispuesto en el art. 17 de la C.N. En particular, el planteo del recurrente versa acerca de cuándo y en qué condiciones debe tener lugar la indemnización que indica el mencionado artículo para que se le garantice la "justa indemnización" por la que entiende esa norma vela.

En ese marco, corresponde, tal como adelanté, conceder el presente recurso, toda vez que la decisión que se viene recurriendo resulta: *i)* equiparable a definitiva. Ello así, toda vez que las razones que di al votar el 25 de noviembre de 2009 con base en las previsiones del art. 12, inc. 5º, de la CCBA aplicables, *mutatis mutandi*, al texto del art. 17 de la C.N. dan cuenta de que esa decisión implicó un apartamiento palmario de lo dispuesto en la sentencia definitiva, en particular, de la relación que existía, a ese tiempo, entre la valuación y el momento del pago; y *ii)* contraria a la interpretación de la Constitución Nacional en el que el recurrente funda sus agravios (conf. el art. 14, inc. 3º, de la ley 48).

Por lo expuesto, voto por conceder el recurso extraordinario interpuesto a fs. 110/130.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso extraordinario federal interpuesto por Mundo Grúa S.R.L., con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, agregándose a los autos principales, se devuelvan las presentes actuaciones al tribunal de origen.

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

LVIII

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'PUERTO NORTE S.A. C/GCBA S/ACCIÓN MERAMENTE DECLARATIVA'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos. Cuestión federal. Cuestiones de hecho y prueba.

SUMARIOS:

1. La afectación de derechos y garantías constitucionales que denuncia la recurrente exhibe una relación directa entre el caso federal planteado y las cuestiones debatidas y resueltas en el pleito. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano y Carlos F. Balbín).*

2. Cabe destacar que, tradicionalmente, el Máximo Tribunal Nacional exigía la oportuna introducción en el proceso de la cuestión federal y su posterior mantenimiento durante la sustanciación del mismo, sin embargo no resulta necesario recurrir a fórmulas rituales sino que es suficiente que la parte describa y sustente efectivamente la configuración de una cuestión federal. *(Voto del señor juez Carlos F. Balbín).*

3. Cabe rechazar el recurso extraordinario si la cuestión federal sobre la que la recurrente pretende sustentarlo, si bien fue introducida al promoverse la demanda, no fue mantenida en las instancias posteriores. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

4. El planteo recursivo sólo remite al examen de cuestiones de derecho procesal local ajenas, como principio, a la instancia extraordinaria, y no se dirige contra una sentencia definitiva, circunstancia que conduce a desestimar el recurso deducido. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

Expte. SACAyT nº 6243/08 - 7/4/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Puerto Norte S.A., Homerix S.R.L. Noctu S.A. Unión Transitoria de Empresas interpuso recurso extraordinario (fs. 145/162 vta.) contra la decisión de fecha 28 de octubre de 2009 (fs. 35/42) por la que el Tribunal decidiera admitir el recurso de queja planteado por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA), hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia de Cámara obrante a fs. 371/375 de los autos principales, rechazar la acción declarativa de certeza incoada por Puerto Norte S.A. y, en consecuencia,

hacer cesar los efectos de la medida cautelar trabada en autos; imponiendo las costas de todo el proceso al accionado vencido.

2. El recurso fue contestado por la parte demandada, que solicitó su rechazo (fs. 165/173).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso extraordinario federal deducido —pese a haber sido articulado en término— no resulta admisible.

2. Basta para rechazar el remedio intentado señalar —como lo hace la demandada al contestar el traslado respectivo— que la cuestión federal sobre la que la recurrente ahora pretende sustentar su recurso si bien fue introducida al promoverse la demanda (véase fs. 2/17 vta.), ella no fue mantenida en las instancias posteriores. En efecto, a poco que se repare, en las presentaciones de fs. 84/86 ("Contesto traslado", en relación al memorial presentado por el GCBA) y fs. 100/103 vta. ("Contesto traslado", respecto del traslado del recurso de inconstitucionalidad articulado por el GCBA), la parte actora omitió hacer referencia a cuestión federal alguna. La carátula presentada por la recurrente, en cumplimiento de lo dispuesto por el art. 2º de la acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación nº 4/07, tampoco contiene mención alguna en este sentido (véase fs. 145/146).

Ciertamente, la cuestión federal que el recurso intenta someter a consideración de la CSJN no fue sostenida por la parte actora en las instancias posteriores; es decir, en las contestaciones —como se vio— a los recursos interpuestos por el GCBA. No se advierte qué impidió a la parte actora —tampoco fue puesto de manifiesto por dicha parte— mantener vivo el agravio vinculado con la afectación del derecho de comerciar y ejercer industria lícita, el derecho a la tutela judicial efectiva, así como el principio de razonabilidad y proporcionalidad que originariamente introdujo en su escrito de demanda para el hipotético caso de que su pretensión fuera rechazada, como finalmente ocurrió. Más aún cuando, como tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tanto el progreso como el rechazo de las pretensiones de las partes son circunstancias previsibles para éstas (conf. *Fallos*, 322:1341). En tales condiciones, cabe concluir que la falta de acreditación por parte de la recurrente del recaudo exigido para la procedencia del remedio federal intentado (mantenimiento de la cuestión federal en las instancias posteriores) sella la suerte de este recurso de manera adversa a la parte actora.

3. Por lo demás, y aun cuando lo apuntado en el párrafo precedente fuera soslayado, lo cierto es que el planteo recursivo sólo remite al examen de cuestiones de derecho procesal local ajenas, como principio, a la instancia extraordinaria (v. gr. a si se encontraban, o no, configurados los presupuestos de procedencia de la acción meramente declarativa prevista en el art. 277 del CCAyT), y no se

dirige contra una sentencia definitiva. Tales circunstancias conducen, también, a desestimar el recurso deducido.

En relación a la primera de las cuestiones, cabe recordar que los asuntos de esta naturaleza son, por regla, extraños 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), como ocurre en este proceso. Además, la referencia a preceptos constitucionales que la parte actora afirma vulnerados, tampoco logra sortear la inexistencia de cuestión federal. Ello así, dado que la recurrente no logra demostrar la relación directa e inmediata entre las cuestiones debatidas en autos y las normas invocadas (arts. 14, 18 y 28 C.N.), exigida por el art. 15 de la ley 48 para la procedencia del remedio federal. En definitiva, las argumentaciones esgrimidas sólo trasuntan una discrepancia con la decisión de este Tribunal que finalmente rechazó la acción meramente declarativa incoada por la parte actora, en atención a que no se encontraban reunidos los requisitos de procedencia exigidos por el art. 277 del CCAyT para este tipo de procesos.

Tampoco —como se adelantó— sortea la actora el requisito de sentencia definitiva. Claro es que el pronunciamiento que la recurrente ataca no lo es. Lo decidido, ciertamente, no resuelve sobre el tema de fondo (es decir, sobre si corresponde, o no, habilitar el local que pretende la actora), ni impide que dicha cuestión pueda volverse a debatir. Antes bien, el fallo dictado por este Tribunal deja subsistente el acceso a la revisión judicial a través de una vía en la que la recurrente podría encontrar respuesta a los agravios que aduce. En este sentido, la sentencia —objeto del remedio federal intentado— aclaró que "…la forma en que se decide en modo alguno impide que la interesada gestione —y eventualmente obtenga— ante el GCBA la pertinente habilitación para funcionar de reunirse los recaudos legales y reglamentarios que disciplinan la materia, en conjunción con las especiales circunstancias del caso…" (conf. voto del juez José O. Casás, punto 11). Por otro lado, la actora no logra acreditar que le fuera imposible utilizar dicha vía, o que de seguir ese camino, ello le produjese una lesión irreparable. En suma, el Tribunal desestimó la acción meramente declarativa iniciada por Puerto Norte por considerar que la inexistencia de incertidumbre respecto de la situación jurídica de la actora y la existencia de otras vías legales impedían tener por configurados los extremos que tornaban procedente dicha vía. Sobre ninguna otra cuestión se expidió. Los extremos apuntados, me llevan a concluir que el fallo impugnado no constituye sentencia definitiva a los fines del recurso extraordinario federal (conf. CSJN, *Fallos,* 329:5227).

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 José O. Casás dijo:

Adhiero a las consideraciones vertidas en el punto 3 del voto de la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, puesto que, a mi criterio, tales fundamentos resultan suficientes para denegar el recurso extraordinario federal incoado a fs. 145/162.

En efecto, en tanto los agravios esgrimidos se dirigen a cuestionar la decisión de este Tribunal que rechazó la acción declarativa de certeza interpuesta por Puerto Norte S.A. por entender que no se encontraban reunidos los presupuestos básicos de admisibilidad de la acción prevista en el art. 277 del CCAyT, lo cierto es que tales planteos remiten exclusivamente al examen de cuestiones de derecho procesal local que resultan, por regla, ajenas a la instancia recursiva extraordinaria intentada.

Por otra parte, y tal como lo expone mi distinguida colega, tampoco se advierte que la sentencia recurrida constituya un pronunciamiento definitivo, en la medida en que las cuestiones atinentes a la habilitación del local de marras para funcionar como lugar bailable, por el modo en que se ha decidido la litis¸ no han quedado dilucidadas en el *sub examine* y podrán ser objeto de los planteos que la actora estime pertinentes. Asimismo, en este punto es menester resaltar que la recurrente tampoco ha esgrimido ningún fundamento tendiente a acreditar que la decisión aludida le irrogue algún perjuicio de insuficiente o imposible reparación ulterior que permita equipararla a una sentencia definitiva.

Por ello, corresponde rechazar el recurso extraordinario federal incoado por la actora. Las costas deben imponerse a la vencida, por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68, CPCCN).

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso extraordinario federal de fs. 145/162, interpuesto en tiempo oportuno, es formalmente admisible (conforme los términos de la acordada 4/07 de la CSJN).

2. Puerto Norte S.A., Homerix S.R.L. y Noctu S.A. Unión Transitoria de Empresas (en adelante, "Puerto Norte") objeta la sentencia que emitiera la máxima instancia jurisdiccional de la Ciudad.

3. En lo que aquí importa, el Tribunal —por mayoría— revocó el fallo de la Cámara obrante a fs. 371/375 de las actuaciones principales, rechazó la acción declarativa de certeza deducida por Puerto Norte y, en consecuencia, hizo cesar los efectos de la medida cautelar trabada en autos. Los jueces Conde, Casás y Lozano entendieron que no se encontraban reunidos los recaudos de procedencia de la acción meramente declarativa intentada por la empresa. Consideraron, entre otras razones, que la accionante tenía a su disposición otra vía procesal más idónea (el agotamiento de la vía administrativa y la posterior acción impugnatoria judicial).

La sentencia recurrida es equiparable a definitiva. Como advierte la actora, la decisión atacada la obliga a solicitar "(...) nuevamente la habilitación y la inscripción respecto de un ámbito que no está zonificado" (fs. 154 vta.), lo que significa "(...) un volver a empezar procedimental que conduce a un callejón sin salida..." (fs. 161).

4. El escrito de interposición del recurso extraordinario federal contiene un relato claro y preciso de las circunstancias relevantes de la causa que presentan relación con las cuestiones federales planteadas.

5. Los agravios concretos y actuales que se enuncian y fundan en la presentación en análisis en lo que hace a la naturaleza federal del recurso, son los siguientes:

a) que el pronunciamiento del Tribunal lesiona su derecho de comerciar y de ejercer industria lícita (art. 14 C.N.);

b) que la decisión recurrida vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 18 C.N.); y

c) que el fallo atacado viola el principio de razonabilidad y proporcionalidad (art. 28 C.N.).

La afectación de derechos y garantías constitucionales que denuncia la recurrente exhibe una relación directa entre el caso federal planteado y las cuestiones debatidas y resueltas en el pleito.

En efecto, Puerto Norte logra introducir una cuestión federal vinculada con su derecho a la tutela judicial efectiva a la que hice referencia en mi voto en minoría cuando destaqué que si en la etapa recursiva ante el Tribunal se concluye que no se encuentran satisfechos los requisitos que habilitan la vía de la acción meramente declarativa y que, por ende, la accionante debería recurrir a otra vía procesal, se produce un evidente dispendio de jurisdicción.

6. En virtud de lo expuesto, voto por declarar admisible el recurso extraordinario federal interpuesto a fs. 145/162.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Adhiero a la solución propuesta por la jueza Alicia E. C. Ruiz pues las particularidades que presenta el asunto que nos ocupa y la circunstancia de que el recurrente apoya sus agravios en la vulneración del acceso a la justicia, habiéndose arribado a una solución adversa que lo privaría del goce de la garantía invocada, justifican conceder el recurso extraordinario federal planteado.

El juez Carlos F. Balbín dijo:

I. Adhiero a los hechos detallados en el considerando 1 de los resultandos y, por tanto, paso a analizar los requisitos de procedencia del recurso extraordinario interpuesto:

a) Requisitos comunes

En mi opinión, tales requisitos se hallan configurados en la presente causa. En efecto, nótese que este juicio fue tramitado ante el fuero en lo Contencioso

Administrativo y Tributario de la Ciudad, habiéndose dictado sentencia favorable al actor en primera y segunda instancia, decisión que fue revocada luego por el Tribunal Superior de Justicia.

Además, la intervención de los órganos judiciales tuvo lugar en el marco de una acción meramente declarativa y es dable señalar que, en términos de la Corte Suprema, se entiende por "juicio" o "causa" "todo asunto… susceptible de ser llevado a los tribunales de Justicia mediante alguno de los procedimientos establecidos a ese efecto" (*Fallos*, 193:116).

A su vez, la acción deducida no importa una indagación especulativa, sino que por encontrarse bajo debate la actividad de la accionante sometida al control de las autoridades locales, media entre ambas partes una vinculación jurídica que traduce un interés serio y suficiente en la declaración de certeza intentada (conf. CSJN, *Fallos*, 331: 2178, sentencia del 7/10/2008).

A lo dicho, cabe añadir que, en tanto la resolución judicial decidió una situación real y concreta que afecta al demandante, debe concluirse que en este pleito se debate una cuestión justiciable. Más aún, toda vez que la decisión recurrida impide al recurrente el ejercicio del derecho a ejercer industria y a trabajar, cabe afirmar que la resolución le causa gravamen manteniéndose actualmente las condiciones reseñadas.

b) Requisitos formales

Los requisitos formales se encuentran acreditados, dado que el recurso ha sido deducido en legal tiempo y forma por la parte actora. Sin embargo, la introducción oportuna de la cuestión federal merece una atención más detenida.

En primer lugar, cabe destacar que, tradicionalmente, el Máximo Tribunal Nacional exigía la oportuna introducción en el proceso de la cuestión federal y su posterior mantenimiento durante la sustanciación del mismo (conf. *Fallos*, 308:655, entre muchos otros).

Empero, posteriormente y según el criterio de la propia Corte, las formalidades requeridas respecto de la introducción y sostenimiento del recurso extraordinario deben ser atemperadas. En efecto, no resulta necesario recurrir a fórmulas rituales sino que es suficiente que la parte describa y sustente efectivamente la configuración de una cuestión federal. En ese entendimiento, la Corte Suprema sostuvo, en la causa "Arrojo SACIAFeI", sentencia del 23/8/1984, que "Para la introducción de la cuestión federal no es necesario el empleo de términos sacramentales, ya que basta la exposición clara de los antecedentes y la demostración de los motivos que la suscitan".

No resulta ajustado al bloque de constitucionalidad aceptar que una sentencia pueda ser mantenida, pese a su alegada irrazonabilidad o arbitrariedad, por el solo hecho de no haber incluido el recurrente —en sus diversas presentaciones— un acápite que diga "Reserva de caso federal". Es cuestión pues, de introducir el caso federal más allá de la reserva formal. Ello así, la carga de plantear una verdadera cuestión constitucional debe valorarse de acuerdo al contenido de tales presentaciones.

A fin de fundamentar más lo expuesto, cabe recordar que en doctrina también se cuestionó el sentido de la "reserva del caso federal" y frente a ello sostuvo que: "…si se ha sometido debidamente una cuestión federal a los jueces de la causa la reserva será superflua…" (conf. D'Alessio, Andrés José: "¿Para qué sirve 'la reserva de caso federal'?", *LL* 1980-B, 1123).

c) Requisitos propios

c.1) Resolución emanada del Superior Tribunal de la causa.

La actora cuestiona la sentencia dictada por la máxima instancia jurisdiccional de la Ciudad.

c.2.) Sentencia definitiva o equiparable a tal, contraria al derecho federal invocado

El fallo en cuestión revocó la decisión de la Sala II de la Cámara CAyT de la Ciudad y, en consecuencia, rechazó, por un lado, la acción declarativa de certeza planteada por Puerto Norte, Homerix S.R.L. y Noctu S.A. Unión Transitoria de Empresas y, por el otro, dejó sin efecto la medida cautelar dictada a favor de la accionante.

Para así decidir, la mayoría del Tribunal sostuvo que no se hallaban reunidos los requisitos exigidos legalmente para la procedencia de este tipo de acciones. Ello, dado que la accionante contaba con otras vías procesales más idóneas para lograr el fin pretendido.

Sentado lo anterior, vale recordar que se consideran sentencias definitivas los que ponen fin al pleito, impiden su continuación o causan un gravamen de imposible o insuficiente reparación ulterior.

Si bien la sentencia dictada en un proceso meramente declarativo, en principio, no es recurrible mediante el recurso extraordinario; dicha regla general debe ceder cuando no es posible hacer valer nuevamente los derechos en términos temporales razonables, obligándose al recurrente a litigar nuevamente y recorrer así un camino ya concluido. Es más, si luego se interpretase que el particular no cumplió —y quizás en este estado ya no es posible hacerlo— con las condiciones de admisibilidad de la acción contenciosa, entonces deba rechazarse el acceso a la vía judicial.

Por ello, la sentencia dictada en el presente proceso resulta equiparable a definitiva.

Pues bien, como surge de las constancias de autos, la parte actora solicitó en sede administrativa la habilitación para funcionar como local; requerimiento frente al que la demandada respondió que la plataforma donde está emplazado el local se encuentra en un lugar que carece de zonificación. Más todavía, la sentencia de primera instancia expresamente hace alusión a la cuestión, al señalar que "lo que estaría dilatando el trámite de otorgamiento de la habilitación que la actora pretende obtener para desarrollar actividades… sería 'la falta de zonificación del lugar en que se encuentra ubicado'"; siendo la determinación de la zonificación una decisión que depende exclusivamente de la demandada. Sin embargo, la Dirección General de Interpretación Urbanística del GCBA fue quien señaló que la empresa actora no posee zonificación pues la jurisdicción donde está emplazada resulta de competencia de la Administración General de Puerto SE. Fue así que el descon-

cierto del actor (que da origen a la acción declarativa de certeza) se originó por la desinformación y la falta de conocimiento de la propia demandada que en sede administrativa informó que el sitio donde está ubicado el local es de jurisdicción de la Administración General de Puertos.

Así las cosas, obligar a la accionante a solicitar su habilitación en sede administrativa, conducirá nuevamente a obtener una respuesta insuficiente e incierta de parte de la accionada hasta tanto se aclare la cuestión de fondo, es decir, la autoridad administrativa competente.

Lo expuesto implica que la sentencia recurrida deba ser considerada como equiparable a definitiva pues en caso contrario lleva al actor a reeditar las cuestiones ya planteadas y simplemente dilata el acceso a la justicia y a la decisión judicial consecuente. Sobre el particular, la CSJN sostuvo que "Corresponde dejar sin efecto el pronunciamiento que desestimó el recurso extraordinario local sobre la base del carácter no definitivo del fallo de la instancia anterior, sin hacerse debidamente cargo de lo expuesto por el recurrente en cuanto a que la decisión impugnada no permite renovar en otra oportunidad el tratamiento de la cuestión debatida" (CSJN, "Del Franco, Luis Alberto c/Lomastro, Eduardo y otro", 25/9/1997, t. 320, p. 1939).

Así pues, el actor ha demostrado —en la presentación que me ocupa— que el pronunciamiento recurrido le genera un gravamen de difícil o insusceptible de reparación posterior (doctr. TSJBA, *in re* "Ciudad de Buenos Aires c/Krawczuk de Rubstein, Chaza", sentencia del 4/6/2007), supuesto que impone la concesión del recurso.

A mayor abundamiento, cabe agregar que en materia de concesión de este tipo de recursos, la Corte señaló que no corresponde proceder con un rigor formal, pues ello puede afectar el derecho de defensa en juicio (conf. CSJN, "Pérez de Conti, Liliana Esther y otro c/Institutos Médicos Antártida y otro", sentencia del 30/10/2007).

c.3.) Configuración del caso federal; relación directa de éste y la materia del pleito

En el convencimiento de que la decisión recurrida es una sentencia equiparable a definitiva, cabe destacar que el recurrente ha concretado de manera clara y suficiente los agravios constitucionales que lo aquejan. Esto es el conflicto entre la Constitución Nacional (arts. 14, 18 y 29, C.N.) y los actos de la autoridad administrativa local.

d) En virtud de todo lo manifestado, voto por declarar admisible el recurso extraordinario federal interpuesto a fs. 145/162.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Conceder* el recurso extraordinario federal planteado por Puerto Norte S.A., Homerix S.R.L., Noctu S.A. Unión Transitoria de Empresas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás - Carlos F. Balbín.*

LIX

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

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional. EMPLEO PÚBLICO: Suplemento por conducción. Rubro remunerativo. Interpretación de normas infraconstitucionales. Arbitrariedad de sentencia. Derecho de propiedad.

SUMARIOS:

1. Corresponde hacer lugar al recurso de queja porque hace una crítica concreta contra el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, pero éste no puede prosperar pues el GCBA controvierte la interpretación del tribunal superior de la causa sobre normas de derecho común, lo que, en principio no puede ser revisado por esta vía, salvo cuando están comprometidos dentro de esa hermenéutica aspectos de entidad constitucional, lo que no sucede en el caso. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. El agravio que critica la sentencia por "desentenderse de los efectos de la decisión", los argumentos del Gobierno priorizan una visión de eficientismo burocrático y una concepción transpersonalista del Estado que carece de sustento y adolece de cierto anacronismo. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. La reforma constitucional de 1994 y la CCBA diseñan un modelo de organización estatal en la que el Estado como garante de derechos fundamentales puede ser demandado y condenado, y su responsabilidad, que incluye al Poder Judicial, se extiende al ámbito internacional. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

4. Corresponde rechazar el recurso de queja porque 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, ni tampoco acreditar 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). *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

5. El gobierno recurrente no acredita que la inteligencia asignada a los preceptos en juego exceda la que pueden formular los jueces de la causa, ni que hacer reposar la generalidad del suplemento por conducción en el hecho de ser percibido por todos los que cumplen funciones de conducción —aunque no por todo empleado

del GCBA— sea contradictorio con las previsiones legales que regulan la composición del salario de los empleados públicos. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

6. No parece razonable sostener que el goce de un suplemento por conducción fijado en el ámbito de la Administración para determinados agentes que, además, se encuentra condicionado por el efectivo cumplimiento de ciertas funciones por parte de ese grupo, deba ser liquidado con carácter remunerativo por revestir características de habitualidad y generalidad, y tal conclusión debe ser descalificada por respaldarse en una fundamentación aparente. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

7. En estos autos no se advierte que se haya producido prueba alguna orientada a demostrar que, por algún motivo, en los hechos, la aplicación del dec. 861/93 se hubiese extendido a la generalidadde los agentes del GCBA regidos por el SIMUPA, ni que se hubiesen pasado por alto para el otorgamiento del suplemento los condicionamientos especiales establecidos en el régimen que lo regula. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

8. Del estudio de las normas involucradas en el caso no sólo no se desprende el carácter remunerativo del suplemento por conducción implementado por el dec. 861/93, sino que es posible afirmar que éste ha sido previsto por el Gobierno local con carácter no remunerativo. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

En su voto la señora jueza Ana María Conde remite a sus fundamentos vertidos en el expte. nº 6021/08 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Morlan, Fernando Luján c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración'", sentencia del 11/2/2009, cuyos sumarios se reproducen a continuación:

1. 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).*

2. 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).*

3. La arbitrariedad de sentencia no es una vía oblicua para exponer agravios que no involucren razones constitucionales, sino un remedio excepcional para que el TSJBA 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).*

4. 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).*

Expte. SACAyT n° 6760/09 - 7/4/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Eduardo Teodosio Ferreyra, Rodolfo Agustín Fossati, Marta Susana Fontana, Vicente Soldano, Carmen Etel Fabiano, Luis Jorge Veronelli, Mario Beneduce, Susana Karamanian, Ruperto Silverio Martínez, Néstor Sosa, Filemón González, Andrés Ricardo Di Bella, Néstor Adel Gibert, Ana Lucía Ruanova, Alicia Del Valle, Renato Natale Mangione, Claudia Alejandra Arce, Manuel Daniel Terrizzano, Alberto Juan Herrera y Carlos Osvaldo Francia interpusieron demanda contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con el objeto de que *i)* se incorporen a las asignaciones que mensualmente perciben los rubros que se abonan con carácter no remunerativo y; *ii)* se liquiden y abonen las diferencias resultantes e impagas, con más los intereses que correspondan y hasta su efectivo pago.

2. Los actores son empleados del GCBA que se desempeñan en el ámbito de la Secretaría de Cultura del GCBA. Afirman que entre los años 1991 y 1992 el Poder Ejecutivo —en ese entonces, municipal— dispuso otorgar a su personal administrativo adicionales salariales "no remunerativos", invocando para el ejercicio de tal atribución el art. 31, inc. n) de la Ley Orgánica Municipal 19.987, que preveía para el Intendente Municipal el ejercicio de la superintendencia del personal dependiente del Departamento Ejecutivo. Refieren que luego de la reforma Constitucional de 1994 se estableció un régimen de autonomía para la Ciudad, se dictó la Constitución local y se eligió Jefe de Gobierno en agosto de 1996. Expresan que esos cambios no fueron acompañados con ninguna solución destinada a regularizar el pago de salarios.

Destacan los actores que si bien los montos referidos a los mencionados adicionales se abonan como un porcentaje sobre la antigüedad según cada agente, al no considerase al adicional parte del salario se omite ilegalmente efectuar los aportes previsionales, como también su cómputo para el pago de vacaciones y aguinaldo.

3. El magistrado de primera instancia en uso de sus facultades ordenatorias definió el objeto de la demanda como dirigido a *i)* declarar el carácter remunerativo de los suplementos creados por los decs. 671/92 (código 013), 1328/98 (código 031), y 861/93 (código 068) y, *ii)* abonar a los actores en forma retroactiva las correspondientes diferencias salariales. Asimismo, el magistrado consideró que era un paso previo y necesario para definir la plausibilidad del reclamo, la consideración de la validez de la normativa antes mencionada.

El juez hizo lugar a la demanda; declaró inconstitucional los decs. 3544/91; 671/92; 1880/;92; 861/93 y 1328/98 y condenó al GCBA a *i)* abonar las diferencias salariales con sus intereses respecto de los adicionales liquidados como códigos 013, 031 y, en los casos que corresponda, el código 068 por los períodos no prescriptos y, *ii)* a efectuar los aportes previsionales que correspondan. Asimismo, impuso las costas a la demandada.

4. Ambas partes apelaron la sentencia, pero la actora desistió del recurso. En lo que aquí resulta relevante, corresponde señalar que el GCBA enfocó los agravios de su apelación sobre *i)* la declaración del carácter remunerativo del suplemento por función ejecutiva implementado por el dec. 861/93 y la consecuente reliquidación dispuesta y, *ii)* la condena a realizar aportes previsionales. El tribunal superior de la causa hizo lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por el GCBA y, en consecuencia, revocó la decisión de primera instancia en cuanto ésta disponía regularizar los aportes previsionales. Las costas de ambas instancias fueron impuestas al demandado.

5. El GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia definitiva del tribunal superior de la causa. Los agravios de la impugnación se enfocaron en señalar la arbitrariedad de la sentencia por resultar una expresión dogmática de los jueces y por "desentenderse de los efectos de la decisión". La Cámara rechazó el recurso por entender que el agravio constitucional resultaba sólo aparente y que el argumento de la arbitrariedad no cumplía con los estándares admitidos para habilitar el carácter excepcional de ese tipo de cuestionamientos. Frente a ello, el GCBA interpuso recurso de queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad. A fs. 99/100 vta. El fiscal general adjunto propició el rechazo de la queja por no haberse demostrado la existencia de causa constitucional.

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja fue interpuesto en tiempo, forma y dirige una crítica concreta contra el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad.

Coincido con el fiscal general adjunto, en cuanto a que el recurso de inconstitucionalidad no puede prosperar. El GCBA controvierte la interpretación del tribunal superior de la causa sobre normas de derecho común, lo que, en principio no puede ser revisado por esta vía, salvo cuando están comprometidos dentro de esa hermenéutica aspectos de entidad constitucional., lo que no sucede en el caso.

En cuanto al agravio que critica la sentencia por "desentenderse de los efectos de la decisión", los argumentos que expone el Gobierno priorizan una visión de eficientismo burocrático y una concepción transpersonalista del Estado que carece de sustento. Así entre otros, se alega la imposición de erogaciones al Tesoro público que no están previstas, la generación de un desequilibrio que conspira contra la división de poderes, la invasión por vía de una pretendida tutela judicial de la Cámara en asuntos que son calificados como de neto corte administrativo. En verdad,

una visión del Estado como la que sustenta la Procuración en su recurso, adolece de cierto anacronismo.

Hoy el Estado como garante de derechos fundamentales puede ser demandado y condenado, y su responsabilidad se extiende al ámbito internacional (responsabilidad que incluye al Poder Judicial). La reforma constitucional de 1994 y la CCBA diseñan un modelo de organización estatal acorde con una concepción como la que aquí afirmo, y sorprende que sea necesario insistir en ella.

En cuanto al análisis e interpretación del dec. 861/93, estos aspectos fueron tratados en el expte. nº 6298/08 "Lage, María Liliana c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", sentencia del 3/7/2009. Por razones de brevedad, me remito a mi voto, en la mencionada causa.

Por lo expuesto, corresponde hacer lugar al recurso de queja y rechazar el recurso de inconstitucionalidad por improcedente. Así voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

La cuestión debatida en autos es similar, en lo sustancial, a la resuelta en el caso "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Morlan, Fernando Luján c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 6021/08, sentencia del 11/2/2009, cuya copia deberá agregarse por Secretaría.

Por los argumentos allí expuestos, a los cuales me remito, voto por rechazar la queja presentada por el GCBA.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. El cuestionamiento que el GCBA efectúa a la sentencia recurrida en relación con el carácter remunerativo que en ella se reconoce al adicional establecido por el dec. 861/93 encuentra adecuada respuesta en las razones expuestas por el Tribunal en las sentencias dictadas en los autos "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Cosentino, Alcira Ester c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni remuneración)'", expte. nº 6031/08, y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Morlan, Fernando Luján c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni remuneración'", expte. nº 6021/08, sentencias del 11/2/2009 y más recientemente en la causa "Lage, María Liliana c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 6298/08, sentencia del 3/7/2009; que son de conocimiento del recurrente por haber intervenido como parte demandada en los tres juicios, y a los que cabe remitirse por razones de brevedad.

2. En línea con lo sostenido en los precedentes mencionados, 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 cualquiera que sea el mérito de los demás argumentos dados en la sentencia, los que he mencionado, como ya dije, brindan

apoyo suficiente e independiente a la decisión cuestionada. Además, 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).

Para lo que ahora importa, la sentencia impugnada (fs. 77/84), interpretando la normativa infraconstitucional, cuya aplicabilidad no fue puesta en tela de juicio por la parte recurrente, vino a señalar que el carácter remunerativo del adicional aquí discutido coincidiría con las previsiones del art. 18 del SIMUPA, según las cuales la retribución de los agentes se compone de la asignación básica de nivel y de los adicionales, suplementos y bonificaciones que correspondan a su situación de revista, entre ellos el suplemento ahora reclamado ("Función ejecutiva", art. 20 del SIMUPA). Al margen de expresar su desacuerdo, el gobierno recurrente no acredita que la inteligencia asignada a los preceptos en juego exceda la que pueden formular los jueces de la causa, ni que hacer reposar la generalidad del suplemento en el hecho de ser percibido por todos los que cumplen funciones de conducción —aunque no por todo empleado del GCBA— sea contradictorio con las previsiones legales que regulan la composición del salario de los empleados públicos. Esa noción de generalidad, cualquiera sea su mérito, encuentra apoyo en la normativa citada que, según el *a quo*, vincula el carácter salarial de los suplementos con la situación de revista y no con la de la totalidad de los agentes. Ello no implica más que sostener que abarca a todos los que están en igual condición y no a todos los dependientes. A su vez, la demandada tampoco logra descalificar la sentencia en cuanto habría omitido considerar el efectivo cumplimiento de los presupuestos requeridos para el cobro del suplemento en cuestión por el universo de quienes lo perciben en tanto, esos requisitos fueron invocados como causa del rubro, no están discutidos en relación con la accionante ni, finalmente, lo decidido implica abrir juicio acerca de su procedencia en otros casos.

3. Por lo expuesto voto por el rechazo de la queja planteada por el GCBA.

El juez José O. Casás dijo:

1. En mi concepto, la queja y el recurso de inconstitucionalidad articulados por la parte demandada deben prosperar.

2. La Sala I de la Cámara CAyT entendió que, a fin de determinar el carácter remunerativo del suplemento por conducción previsto en el dec. 861/93, resultaba necesario analizar si su pago presentaba notas de "habitualidad" y "generalidad".

Siguiendo este razonamiento, el *a quo* expresó que las normas involucradas en el caso estipulaban que el cobro del suplemento quedaba sujeto al cumplimiento diversos recaudos específicos, a saber: que el agente se desempeñase en alguno de los cargos jerárquicos indicados en el art. 1º de la norma, que ejerciese efectivamente las tareas inherentes a esa función y, asimismo, que contase con personal a cargo (véase fs. 29). A continuación, la Cámara sostuvo que, por más que la percepción del suplemento de marras estuviese sujeta al cumplimiento de ciertas condiciones, ello no era óbice para concluir que el adicional implementado por el dec. 861/93

revestía naturaleza de general y habitual. En este sentido, afirmó que "las sumas en cuestión son percibidas por el co-actor Carlos Osvaldo Francia en forma habitual (véase fs. 118/9) y en forma general (a todo el personal que ejerce cargos de conducción), se generó el cambio de encuadre jurídico de ese pago, deviniendo por fuerza de esos hechos, en pagos de índole remunerativa" (fs. 29/vta.).

3. Ya he tenido oportunidad de expedirme acerca de planteos similares al presente, donde el GCBA también cuestionaba decisiones de las instancias de mérito que habían reconocido —con fundamentos similares— el carácter remunerativo del suplemento por Función Ejecutiva implementado a través del dec. 861/93 —véanse mis votos en minoría *in re* "Lage, María Liliana c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 6298/08, sentencia del 3/7/2009; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Cañada, María Alicia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 6513/09, sentencia del 20/10/2009; y más recientemente *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Pérez, Mirta Ofelia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 6604/09, sentencia del 25/11/2009.

4. En los precedentes citados sostuve que la parte demandada —a diferencia de lo acontecido en los precedentes "Cosentino" y "Morlan"— había logrado demostrar un caso constitucional a partir de la arbitrariedad de la sentencia recurrida que había asignado al adicional de marras una naturaleza distinta de aquella prevista por el Gobierno local.

Ello así, dado que, desde mi punto de vista, no parece razonable sostener que el goce de un suplemento por conducción fijado en el ámbito de la Administración para determinados agentes que, además, se encuentra condicionado por el efectivo cumplimiento de ciertas funciones por parte de ese grupo, deba ser liquidado con carácter remunerativo por revestir características de habitualidad y generalidad. Si bien lo que ha intentado la Cámara es argumentar que el mentado suplemento por conducción cumpliría con la pauta de generalidad porque se le reconoce a todo el subconjunto de agentes que cumplen con los condicionamientos establecidos por el decreto aludido, tal conclusión debe ser descalificada por respaldarse en una fundamentación aparente. Al respecto, entiendo que luego de constatarse el cumplimiento de los diversos condicionamientos previos establecidos por la norma para el goce del suplemento, éste debe abonarse a todos los agentes incluidos en ese subconjunto que ejerce efectivamente funciones ejecutivas con personal a cargo, pero ello no obedece a una supuesta generalidad del suplemento, sino a elementales razones de igualdad de trato.

Cabe aclarar, además, que en estos autos no se advierte que se haya producido prueba alguna orientada a demostrar que, por algún motivo, en los hechos, la aplicación del dec. 861/93 se hubiese extendido a la generalidad de los agentes del GCBA regidos por el SIMUPA, ni que se hubiesen pasado por alto para el otorgamiento del suplemento los condicionamientos especiales establecidos en el régimen que lo regula. Entonces, por más que el co-actor Francia haya percibido el suplemento en cuestión durante muchos años —aspecto del litigio que no viene

controvertido—, ello no autoriza a colegir, al menos automáticamente, una naturaleza del adicional distinta de aquella considerada por el GCBA en ejercicio de atribuciones que le son propias, sino que únicamente permite concluir que ello se ha debido a que, durante igual plazo, el accionante ha cumplido con los diversos requisitos exigidos por el dec. 861/93.

Por otra parte, tampoco en este punto se ha acreditado que el desempeño efectivo de funciones ejecutivas que trae aparejado el goce del suplemento implementado por el dec. 861/93, una vez adquirido, se encuentre tutelado por algún tipo de estabilidad, si se tiene en cuenta que el art. 3º del apuntado reglamento establece: "A partir del primer día del mes siguiente al que los agentes comprendidos en el art. 1º del presente Decreto dejaran de tener personal a su cargo, cesará la percepción del Suplemento establecido…" (conf. en sentido concordante, art. 36 *in fine*, ley 471). También se advierte que, según el dec. 3544/91 (SIMUPA), por ejemplo, se contempla el descuento del mentado suplemento a raíz de eventuales inasistencias por períodos superiores a treinta (30) días corridos, con excepción del lapso correspondiente a la licencia anual ordinaria (art. 23 *in fine*).

En suma, del estudio de las normas involucradas en el caso no sólo no se desprende el carácter remunerativo del suplemento por conducción implementado por el dec. 861/93, sino que, en mi opinión, es posible afirmar que éste ha sido previsto por el Gobierno local con carácter no remunerativo.

5. Establecido que el suplemento por función jerárquica implementado a través del dec. 861/93 no ha sido previsto por el GCBA con carácter remunerativo, al no existir en el proceso controversias relevantes sobre aspectos de hecho y prueba, en virtud de lo dispuesto por el art. 31 de la ley 402, resta abordar el planteo de inconstitucionalidad formulado por la actora.

En este punto, advierto que la mención genérica de los arts. 14, 14 bis, y 17 de la C.N., así como del art. 43 de la CCBA, en el caso, no resulta suficiente para demostrar que la aplicación del decreto objetado viole los derechos constitucionales que le asisten al actor como trabajador, ni su derecho de propiedad. En otras palabras, aunque participo del criterio según el cual se afirma que los adicionales y/o suplementos excluidos de la "remuneración" deben considerarse excepcionales —y en consecuencia escrutarse con particular estrictez—, la mención aislada de los preceptos constitucionales citados no resulta idónea para acreditar, en este caso, la irrazonabilidad de la reglamentación de la relación de empleo público cuestionada —normativa que goza, en principio, de presunción de legitimidad—. Esta función reglamentaria, cabe aclararlo, constituye una atribución propia de los poderes legislativo y ejecutivo —en sus respectivas esferas de competencia—, autoridades que tienen reconocido cierto margen de discrecionalidad para fijar sus políticas en la materia, comprensiva del establecimiento de adicionales, suplementos y bonificaciones, a partir de la valoración no sólo del bloque de legalidad que condiciona su actuación, sino de circunstancias de oportunidad, mérito y conveniencia, aspecto este último que el Poder Judicial no puede evaluar sin violentar el principio de división de poderes, también consagrado en la Constitución.

En virtud de las consideraciones expuestas, corresponde: *a)* hacer lugar a los recursos de queja y de inconstitucionalidad deducidos por el GCBA; *b)* dejar sin efecto la sentencia recurrida; y *c)* rechazar la demanda interpuesta en cuanto pretende que se declare el carácter remunerativo del suplemento por conducción previsto en el dec. 861/93 percibido por el co-actor Carlos Osvaldo Francia, con costas en el orden causado, en atención a las especiales circunstancias del caso, donde la parte actora pudo creerse con derecho a litigar, al haber percibido el suplemento por función jerárquica del dec. 861/93 durante muchos años (art. 62, *in fine*, CCAyT).

Así lo voto.

Por ello, oído el señor fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* que los agravios planteados por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no satisfacen los requisitos establecidos en el art. 27 de la ley 402.

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: 'Morlan, Fernando Luján y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'" (expte. nº 6021/08), de fecha 11/2/2009, como parte integrante del voto de la jueza Ana María Conde.

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 - José O. Casás.*

LX

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'MAMANI GARVIZU, LOLA C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

AMPARO. RECURSO DE QUEJA: Caso constitucional. Plazo. Interposición extemporánea. Cosa juzgada. Principio de preclusión.

SUMARIOS:

1. El art. 23 de la ley 2415 dispone que en caso de denegarse la concesión del recurso de inconstitucionalidad por parte del tribunal superior de la causa, la

tramitación del recurso de queja por denegación de recurso se rige por lo establecido en el art. 33 de la ley 402, y el plazo de la interposición de la queja será de dos días. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

2. Como tiene dicho el Tribunal, el lapso de actividad previsto para que las partes desplieguen sus cargas procesales, en el caso, la de impugnar, es un plazo fatal y perentorio *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. El planteo de inconstitucionalidad efectuado por el quejoso respecto de los plazos previstos en los arts. 22 y 23 de la ley 2145 debe ser desestimado porque si bien se alega que esas normas constituyen una reglamentación irrazonable de la acción de amparo, el interesado no explica en qué consistiría esa falta de razonabilidad, qué perjuicios concretos le causan la existencia de los plazos establecidos en las normas cuestionadas y cómo las normas que cuestionan "desnaturalizan" los derechos reconocidos por el marco convencional y que dice lesionados. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

4. El Tribunal no puede conocer en el recurso deducido tardíamente por la actora, pues si lo hiciera estaría lesionando el principio de preclusión, la cosa juzgada adquirida por la decisión definitiva, y la división de poderes al desplegar una competencia para conocer los fundamentos del recurso por fuera de los casos y de los requisitos en que el constituyente y el legislador específicamente lo autorizan. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

5. La decisión del *a quo* de notificar a las partes la resolución que denegaba el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la actora importó subsumir a la mencionada resolución dentro del género de aquellas a cuyo respecto el art. 25 de la ley 2145 faculta a disponerlo en razón de su gravedad o importancia. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

6. La notificación al funcionario interviniente, defensor oficial ante el fuero Contencioso Administrativo y Tributario, no resultó un medio idóneo para cumplir con la notificación a la parte patrocinada por dicho funcionario judicial, que no venía actuando como parte ni como apoderado de la actora, por lo que corresponde tener por presentado oportunamente el recurso de queja, toda vez que la remisión del expediente a la sede de la Defensoría Oficial no importó, en el caso, la notificación a la parte actora de la decisión que por esta vía cuestiona. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

7. Al cuestionar la decisión que rechazó la acción de amparo el actor se limitó a invocar forma genérica que tenía un razonable temor de ser controlado en su actividad laboral (la venta de "baratijas" en la vía pública) y, por no contar con una habilitación, corría el riesgo de que le fueran labradas actas de infracción y secuestrada la mercadería que eventualmente ofreciera, sin demostrar con el fundamento suficiente la existencia de un "caso" o "controversia" en los términos de los arts. 106 y 113 de la CCBA. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

8. El recurrente no muestra que el objeto del presente amparo haya abarcado la impugnación del acto administrativo por intermedio del cual, según alega, le fue

denegado el permiso requerido para ejercer su actividad laboral en la vía pública, así como tampoco muestra que la cuestión —acerca de la cual no versó la sentencia que ahora impugna— haya formado parte de las cuestiones debatidas en autos. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

9. Para acreditar la existencia de un caso constitucional no basta sostener un criterio interpretativo distinto del seguido en la sentencia de la Cámara, sino que resulta imprescindible hacerse cargo de rebatir todos y cada uno de los fundamentos en que se apoyó el decisorio para arribar a las conclusiones que agravian al impugnante y exponer fudadamente un caso constitucional conforme lo establece el art. 27 de la ley 402. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. SACAyT n° 6900/09 - 7/4/2010

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

Lola Mamani Garvizu interpuso acción de amparo contra el GCBA con el fin de obtener una sentencia que ordenase a la demandada abstenerse de realizar actos que perturben su derecho a vender baratijas en la vía pública, hasta tanto la Legislatura de la Ciudad regule tolerancia que el Código Contravencional establece en su art. 83. El juez de primera instancia hizo lugar al amparo y la decisión fue apelada por la parte demandada. La Sala II de la Cámara CAyT admitió el recurso de apelación y rechazó el amparo. Contra esta decisión la actora interpuso recurso de inconstitucionalidad que fue denegado por el tribunal superior de la causa, lo que originó la interposición por el interesado del presente recurso de queja.

A fs. 24/26 se pronunció el fiscal general adjunto quien propició el rechazo de la queja interpuesta.

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La queja de la ejecutada no puede ser admitida pues no fue deducida ante el Tribunal en tiempo oportuno.

El art. 23 de la ley 2415 dispone que "[e]n caso de denegarse la concesión del recurso de inconstitucionalidad por parte del tribunal superior de la causa, la tramitación del recurso de queja por denegación de recurso se rige por lo establecido en el art. 33 de la ley 402. El plazo de la interposición de la queja será de dos (2) días".

El Ministerio Público de la Defensa fue notificado de conformidad con el art. 119, último párrafo, CCAyT el día 19/11/2009 (fs. 176) de la resolución de fs. 174/175 del tribunal superior de la causa que denegó el recurso de inconstitu-

cionalidad y el recurso de queja fue recibido en el Tribunal el 3/12/2009 a las 11.54 hs (véase fs. 17 de la queja).

De conformidad con la norma citada más arriba, el término para interponer el recurso directo ante el Tribunal feneció el lunes 23/11/2009, sin perjuicio de que la presentación pudo ser efectuada, en razón del plazo de gracia, dentro de las dos primeras horas hábiles judiciales (hasta las 11:00 horas) del 24/11/2009 (conf. art. 108, último párrafo, del CCAyT).

Como tiene dicho el Tribunal, el lapso de actividad previsto para que las partes desplieguen sus cargas procesales, en el caso, la de impugnar, es un plazo fatal y perentorio [conf. "Bujman, Adela s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Bujman, Adela c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 2498/03, sentencia del 18/12/2003; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'D'Urso, Hernán María c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 3007/04, resolución del 12/8/2004; "S., M. B y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'M., J. L. y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/daños y perjuicios (excepto responsabilidad médica)'", expte. nº 3261/04, sentencia del 24/11/2004; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Píxel S.R.L. s/ejecución fiscal – ing. brutos Convenio Multilateral'", expte. nº 5352/07, sentencia del 12/9/2007; "Tudanca, Josefa Elisa Beatriz s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Tudanca, Josefa Elisa Beatriz c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/otros procesos incidentales'", expte. nº 5141/07, sentencia del 13/7/2007, y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Bilbao, Fabiana Mabel c/GCBA s/amparo (art. 14 CCBA)'", expte. nº 5962/08, sentencia del 12/11/2008].

El planteo de inconstitucionalidad efectuado por el quejoso respecto de los plazos previstos en los arts. 22 y 23 de la ley 2145 no conmueven lo expresado precedentemente porque si bien se alega que esas normas constituyen una reglamentación irrazonable de la acción de amparo, el interesado no explica en qué consistiría esa falta de razonabilidad, qué perjuicios concretos le causan la existencia de los plazos establecidos en las normas cuestionadas y cómo las normas que cuestionan "desnaturalizan" los derechos reconocidos por el marco convencional y que dice lesionados.

En consecuencia, la queja es extemporánea y debe ser desestimada. El Tribunal no puede conocer en el recurso deducido tardíamente por la actora, pues si lo hiciera estaría lesionando el principio de preclusión, la cosa juzgada adquirida por la decisión definitiva, y la división de poderes al desplegar este Tribunal una competencia para conocer los fundamentos del recurso por fuera de los casos y de los requisitos en que el constituyente y el legislador específicamente lo autorizan.

En virtud de lo expuesto, corresponde declarar inadmisible la queja intentada.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Adhiero al voto de mi colega, la jueza Alicia E. C. Ruiz, y en consecuencia voto por rechazar la queja atento haber sido deducida en forma extemporánea.

2. A mayor abundamiento, cabe agregar que aún cuando se considerara presentado oportunamente el recurso de queja, el mismo no podría tener acogida por los fundamentos —a los que me remito— expuestos por este Tribunal *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, donde se trató una cuestión de fondo análoga a la planteada en esta causa.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Primeramente, corresponde despejar la cuestión relativa a la tempestividad de la interposición del recurso de queja de fs. 1/17 vta.

En relación a ello, como se verá, asiste razón a la recurrente, en cuanto afirma que "la remisión del expediente a la Defensoría Nº 1 no constituye un curso de acción idóneo para reemplazar o suplir la debida notificación de dicha decisión [de la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad], que debió haber sido cursada por medio fehaciente y dirigida a mi domicilio constituido en autos" (fs. 1).

En efecto, la decisión del *a quo* de notificar a las partes la resolución que denegaba el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la actora (véase fs. 175 vta. de los autos principales) importó subsumir a la mencionada resolución dentro del género de aquellas a cuyo respecto el art. 25 de la ley 2145 faculta a disponerlo en razón de su gravedad o importancia. Cuando los jueces de mérito escogieron incluir esta decisión entre aquellas que corresponde notificar por cédula —en el marco de la discrecionalidad que, al efecto, les otorga el mencionado precepto legal— entonces debieron haber cumplido con esta diligencia en las condiciones que para ello prescribe el CCAyT, aplicable, en lo que ahora importa, para dirimir esta cuestión. Solución que, además, reconoce fundamento en el deber de los jueces de "[m]antener la igualdad de las partes en el proceso" (art. 27 inc. 5.c CCAyT).

Bajo la premisa enunciada en el párrafo anterior, cabe señalar que la notificación al funcionario interviniente, defensor oficial ante el fuero Contencioso Administrativo y Tributario, no resultó un medio idóneo para cumplir con la notificación a la parte que, a la postre, patrocina en los presentes actuados. La cuestión viene regulada por el art. 34 del CCAyT, de acuerdo al cual "[s]e diligencian en el domicilio constituido todas las notificaciones por cédula, que no deban serlo en el real", regla que no puede ser identificada en el caso con la disposición contenida en el último párrafo del art. 119 del mismo cuerpo legal —que dispone, en lo que aquí interesa, que "[l]os/las funcionarios/as judiciales quedan notificados/as el día de la recepción del expediente en su despacho"—, pues el mencionado funcionario judicial no venía actuando como parte, tampoco en carácter de apoderado de la parte que patrocina, ni el domicilio constituido en autos por la Sra. Lola Mamani Garvizu coincide con el del despacho de dicho funcionario.

A la vez, tampoco es posible considerar que la remisión del expediente al defensor oficial importó la notificación tácita de la parte, en las condiciones prescriptas por el art. 118 CCAyT. Ello así, porque el supuesto que ahora nos ocupa no es ninguno de los previstos en el art. 111 CCAyT —al que remite el primer párrafo del 118— ni involucra "[e]l retiro de las copias de escritos" a partir de la cual se produciría la "notificación personal del traslado que respecto del contenido de aquéllos se haya conferido" (2º párrafo del art. 118 CCAyT), pues, como quedó dicho, aquí no se trata del traslado de una presentación, sino de la resolución que denegó el recurso de inconstitucionalidad.

En tales condiciones, corresponde tener por presentado oportunamente el recurso de queja de la Sra. Lola Mamani Garvizu, toda vez que la remisión del expediente a la sede de la Defensoría Oficial no importó, en el caso, la notificación a la parte actora de la decisión que por esta vía cuestiona.

La solución a la que arribo en este punto me exime de tratar el planteo relativo a la inconstitucionalidad de los arts. 22 y 23 de la ley 2145.

2. Corresponde, en consecuencia ingresar en el tratamiento del recurso de queja deducido.

Al respecto, con los matices que se señalarán a continuación —que, como se verá, no constituyen elementos relevantes para modificar la solución del caso—, la cuestión de fondo planteada en esta causa resulta análoga a la resuelta por este Tribunal *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, precedente al que cabe remitirse.

En efecto, la decisión que viene cuestionada es aquella que, al revocar la de primera instancia —que, en lo que ahora importa había ordenado "al GCBA que se abstenga de llevar adelante cualquier medida que pudiese afectar la actividad laboral de la actora, con la condición de que ésta consista en la venta de productos como los que detalla en el escrito de demanda (pines de bandas de rock, países, animés [*sic*], u objetos similares), hasta tanto dicha actividad sea expresamente regulada por la legislatura de la Ciudad y se establezca, por vía legal, el procedimiento para obtener el correspondiente permiso" (véase fs. 148 de los autos principales)—, rechazó la acción de amparo interpuesta por la Sra. Lola Mamani Garvizu (véase fs. 148/149 vta. de los autos principales). Al igual que en el precedente indicado más arriba, el actor se limitó a invocar, para respaldar su pretensión, en forma genérica que tenía un razonable temor de ser controlado en su actividad laboral (la venta de "baratijas" en la vía pública) y, por no contar con una habilitación, corría el riesgo de que le fueran labradas actas de infracción y secuestrada la mercadería que eventualmente ofreciera.

Por su parte, los matices que mencioné *supra* se refieren a que: *i)* quien viene recurriendo por resultarle adversa la sentencia del *a quo* es la parte actora, y; *ii)* la recurrente invoca haber acreditado en autos que se había presentado "ante la Dirección de Permisos en Vía Pública (dependiente de la Dirección General de Habilitaciones y Permisos) a efectos de solicitar el otorgamiento de un permiso, el cual [le] fue expresamente denegado", circunstancia que, según afirma la actora,

impide asimilar este caso al precedente "Esquivel Pizarro" (fs. 14 vta.). Sin embargo, ninguna de las cuestiones mencionadas resulta idónea para modificar la solución a la que arribé en el mencionado precedente, en el cual apoyé mi decisión, fundamentalmente y en lo que aquí importa, en la ausencia de un "caso" o "controversia" en los términos de los arts. 106 y 113 de la CCBA.

En cuanto al planteo enunciado en el punto *ii)* del párrafo precedente, cabe señalar que el recurrente no muestra que el objeto del presente amparo haya abarcado la impugnación del acto administrativo por intermedio del cual, según alega, le fue denegado el permiso requerido, así como tampoco muestra que la cuestión —acerca de la cual no versó la sentencia que ahora impugna— haya formado parte de las cuestiones debatidas en autos.

Por ello, en sentido concordante con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, voto por rechazar la queja interpuesta a fs. 1/17 vta.

El juez José O. Casás dijo:

1. Adhiero a las manifestaciones desarrolladas en el voto del doctor Luis F. Lozano en cuanto expresan los motivos por los cuales corresponde tener por presentado en término el recurso de queja de la Sra. Lola Mamani Garvizu.

En particular, entiendo que, si bien a lo largo del presente proceso los jueces de la causa notificaron diversas decisiones mediante la remisión del expediente al despacho del defensor oficial ante los Juzgados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario (conf. fs. 37 vta., 76 vta. y 150), tal práctica irregular —contraria a lo expresamente establecido en el art. 34, último párrafo, del CCAyT— no puede ser convalidada si, como en el caso, redunda en un menoscabo del derecho de defensa del justiciable.

2. Sin perjuicio de lo expuesto en el punto precedente, entiendo que la queja obrante a fs. 1/17 debe ser rechazada. Ello así, puesto que las manifestaciones esgrimidas por la actora —tanto en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto a fs. 151/158 como en la posterior presentación directa— trasuntan únicamente su discrepancia con el decisorio atacado mas no poseen entidad para poner en crisis, concreta y razonadamente, los distintos fundamentos brindados por el *a quo* para desestimar los planteos de la accionante.

Al respecto, resulta oportuno recordar que para acreditar la existencia de un caso constitucional no basta sostener un criterio interpretativo distinto del seguido en la sentencia de la Cámara, sino que resulta imprescindible hacerse cargo de rebatir todos y cada uno de los fundamentos en que se apoyó el decisorio para arribar a las conclusiones que agravian al impugnante (véase para el recurso extraordinario federal doctrina de *Fallos*, 283:404; 302:155; 311:169, 542; entre muchos otros, aplicable *mutatis mutandi* al ámbito del recurso de inconstitucionalidad local). Así entonces, forzoso es concluir que en autos no se ha logrado exponer fundadamente un caso constitucional, conforme lo establece el art. 27 de la ley 402.

3. Sólo a mayor abundamiento, corresponde señalar que la cuestión de fondo debatida en las presentes actuaciones ya ha sido abordada por este Tribunal *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, arribándose allí —por mayoría— a una solución adversa a las pretensiones de la amparista. Tal como acertadamente señala mi distinguido colega Luis F. Lozano en su voto, el hecho que el recurrente manifieste haberse presentado "ante la Dirección de Permisos en Vía Pública (dependiente de la Dirección General de Habilitaciones y Permisos) a efectos de solicitar el otorgamiento de un permiso" (fs. 14 vta.), no impediría aplicar —en lo pertinente— la doctrina establecida en el aludido precedente "Esquivel Pizarro". Ello así, puesto que no se advierte que el objeto del presente amparo haya abarcado la impugnación del acto administrativo por intermedio del cual, según alega, le habría sido denegado el permiso requerido, ni que tal cuestión —acerca de la cual no versó la sentencia que ahora impugna— haya formado parte de las cuestiones debatidas en autos.

Por los motivos expuestos, corresponde rechazar la queja interpuesta a fs. 1/17 vta.

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 Lola Mamani Garvizu.

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 - José O. Casás.*

LXI

"BASUALDO, GASTÓN MAXIMILIANO C/GCBA S/OTRAS DEMANDAS CONTRA LA AUT. ADMINISTRATIVA S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Caso constitucional. Sentencia definitiva. Interpretación de normas infraconstitucionales. Cuestiones de hecho y prueba. Caducidad de instancia. PRESCRIPCIÓN: Interrupción. *Reformatio in pejus*.

SUMARIOS:

1. El recurso de inconstitucionalidad fue incorrectamente concedido por el tribunal de alzada, toda vez que la sentencia contra la que está dirigido no es una definitiva ni equiparable a tal (conf. art. 27, ley 402), pues no ha impedido al recurrente

promover la acción ante la jurisdicción en la que entiende que le asiste derecho a hacerlo. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. La revisión de la providencia que tuvo por perimida la instancia no tiene por propósito la prosecución del proceso cuya caducidad viene impugnada, lo que torna inaplicable las razones que fundan la jurisprudencia de la CSJN con arreglo a la cual "es admisible el recurso extraordinario deducido contra el pronunciamiento que declaró operada la caducidad de la instancia, si el caso es de aquellos que pueden ocasionar un agravio de imposible reparación ulterior, pues la situación podría encuadrarse en lo dispuesto por el art. 3987 del Cód. Civil, con lo cual la apelante perdería la oportunidad de reiterar su demanda en las instancias ordinarias", ciertamente en circunstancias en que la revisión de la caducidad importa remover un obstáculo para continuar el desarrollo del pleito. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. El interés jurídico que refiere el recurrente no es el de mantener viva la acción sino el de evitar que sus peticiones sean interpretadas como un abandono de la acción susceptible de acarrear la aplicación del art. 3987 del Cód. Civil. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. La sentencia cuestionada por el recurrente no reviste carácter definitivo ni equiparable a tal, ya que la caducidad de instancia decretada en autos pone fin a un proceso que fue iniciado al único efecto de interrumpir la prescripción liberatoria, mientras que el reclamo de fondo fue deducido en el marco de otro juicio que tramita en otra jurisdicción —ante la justicia nacional en lo Civil—. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. El recurrente no plantea un genuino caso constitucional, ya que sus agravios constituyen una mera discrepancia con la forma en que los jueces de mérito aplicaron normas rituales infraconstitucionales para resolver una cuestión de neto corte procesal. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. El decisorio impugnado por el actor —que confirmó la resolución de primera instancia que había declarado la caducidad de instancia en los términos del art. 266 del CCAyT— resulta equiparable a una sentencia definitiva por los efectos que produce en cabeza del recurrente. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

7. En caso que la perención de instancia declarada en el caso devenga firme, es razonable pensar que, cuando ella tenga que ser valorada en el marco del proceso de daños y perjuicios iniciado ante la justicia nacional en lo Civil, podrá llegar a tener una incidencia determinante y privar al actor de la posibilidad de accionar —si se entiende que la interposición de la demanda en sede local no resultó hábil para interrumpir la prescripción a tenor de lo dispuesto en el art. 3987 del Cód. Civil—. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

8. Corresponde declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad local, toda vez que la accionante no ha logrado plantear fundadamente un agravio constitucional en los términos del art. 113, inc. 3º, de la CCBA. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

9. La decisión que declaró operada la caducidad de instancia del proceso iniciado "al sólo efecto interruptivo de prescripción" con fundamento en que había transcurrido el plazo previsto en el art. 260, inc. 1º, del CCAyT y aquella de la Sala II

que la confirmó —más allá de su acierto o error— versaron exclusivamente sobre aspectos propios de los jueces de la causa, relativos a cuestiones de hecho y de derecho procesal infraconstitucional, que resultan ajenos a esta instancia recursiva. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

10. El recurso de inconstitucionalidad, en los términos en que fue admitido por el tribunal superior de la causa, ha sido correctamente concedido, ya que la sentencia recurrida resulta equiparable a definitiva pues deja, en el mejor de los casos, en total incertidumbre al actor respecto de saber qué eficacia tiene la interposición de su demanda al sólo efecto de interrumpir el curso de la prescripción liberatoria. (*Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

11. Lo decidido por las instancias inferiores va en sentido definitivamente contrario del objeto de la demanda interpuesta, pues el actor pretendía interrumpir la prescripción y lo que obtuvo fue una declaración de perención de instancia que, precisamente, neutraliza el efecto interruptivo de la interposición de la demanda (conf. art. 3986, Cód. Civil). *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

12. Las decisiones recaídas no rechazan la solicitud de tener por interpuesta la demanda con efecto interruptivo —esa hubiera sido estrictamente una decisión contraria a lo peticionado por el justiciable— sino que deciden *extra petita*, algo no comprendido ni previsto en el propósito al que apunta el objeto de la demanda. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

13. Este proceso se presenta como una suerte de *reformatio in pejus* en donde el actor, en vez de consolidar una posición jurídica con una herramienta expresa destinada a ese fin — interrumpir la prescripción mediante la interposición de la demanda y a ese sólo efecto— fue perjudicado por un desarrollo del trámite sorpresivo que ubicó al actor en peores condiciones, en cuanto a sus expectativas jurídicas, que las que tenía antes de poner en marcha lo que debió ser una sencilla actividad jurisdiccional, lesionando la garantía constitucional del derecho de defensa. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. SACAyT nº 6802/09 - 7/4/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Sr. Gastón Maximiliano Basualdo interpuso el 27/12/2006 una demanda "al solo efecto interruptivo de la prescripción para el reclamo de la fijación y cobro de daños y perjuicios emergentes del penoso y lamentable hecho acaecido en el interior del local conocido como 'República Cromañón' (...) en donde fui víctima de tal suceso, produciéndome serios trastornos psicofísicos" (fs. 1). Dirigió su demanda contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otras personas físicas y jurídicas. En el petitorio, solicitó que "se proceda a ordenar el archivo de las presentes actuaciones" (fs. 2).

El Juzgado de Primera Instancia lo tuvo por presentado y dispuso "Previo a todo trámite, deberá el presentante acompañar en el plazo de tres días las copias para traslado..." (fs. 3).

El actor planteó revocatoria con apelación en subsidio contra la intimación a presentar copias pues, sostuvo, que el objeto de la demanda "es la interrupción de la prescripción, y que dicho objeto se agotó cuando esta parte inició la presente demanda..." (fs. 6).

La jueza de primera instancia admitió la revocatoria "Teniendo en cuenta que la actora interpuso la demanda de fs. 1 al sólo efecto de interrumpir el curso de la prescripción de la acción, en los términos del art. 3986 CC (...) sin perjuicio del cumplimiento de la carga procesal en su oportunidad" (fs. 11), lo que se notificó al actor el 9/3/2007 (fs. 12 y vta.).

El 13/3/2007 la parte actora solicitó nuevamente el "archivo de las presentes actuaciones, toda vez que las mismas han cumplido con su objeto" (fs. 13). La secretaría del juzgado dispuso el 21/3/2007 "En atención a los términos dispuestos en el art. 3987 del Cód. Civil de la Nación, aclárese lo solicitado y se proveerá" (fs. 14).

Ante la inactividad de la actora el 12/11/2008 la jueza de grado dictó la sentencia que declaró perimida la instancia (fs. 15).

2. Notificado el actor de esa decisión (fs. 18 y vta.) apeló la sentencia (fs. 16) y expresó agravios (fs. 30/34). Sostuvo que la resolución de primera instancia decretó erróneamente la caducidad de la instancia sin atender que no había instancia abierta pues el objeto de la acción había concluido, ya que se trataba de una demanda al sólo efecto interruptivo de la prescripción y para su posterior archivo. Acompañó copia de la demanda iniciada el 23/12/2008 ante la justicia nacional en lo Civil, referida a los daños y perjuicios que reclama (fs. 21/29).

La Sala II de la Cámara de Apelaciones confirmó la sentencia. Sostuvo que el problema central no residía en los efectos de la demanda interruptiva de la prescripción, sino que "a fs. 14, en fecha 21/3/2007, se proveyó —ante la petición del actor— que 'aclarado que sea se proveerá' —aspecto que se encuentra firme—, la inactividad del actor, frente a la carga procesal impuesta, determinó que el 12/11/2008 se decrete la caducidad de la instancia por haber transcurrido el plazo previsto en el art. 260, inc. 1º del CCAyT (véanse fs. 15)".

3. El actor interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 41/54 vta.). Sostuvo que el fallo "incurre en arbitrariedad manifiesta como consecuencia de una arbitrariedad normativa y fáctica, en el sentido que se trata de una resolución inadecuadamente fundada y por ende arbitraria y violatoria del debido proceso y del derecho de defensa de mi parte" (fs. 41). Afirmó que "se le exige una actuación que va más allá del objeto de la acción intentada y que a raíz de ello y del decreto de caducidad establecido conllevaría la pérdida de la acción para reclamar su legítimo derecho" (fs. 42 vta.). Agregó que "la parte actora se vio inmersa en una confusión que bien pudo hacerle creer que los autos de marras ya se encontraban en archivo" (ídem,

mayúsculas, negritas y subrayados en el original). Planteó también que la arbitrariedad se presenta también en que se ha efectuado una aplicación no restrictiva del instituto de la caducidad de instancia (fs. 43).

La Sala I concedió parcialmente el recurso (fs. 56/57). Expresó que "el fallo impugnado se trata de una sentencia interlocutoria que resolvió sobre una cuestión procesal circunscripta a la declaración de la caducidad de la instancia que, como principio, no conlleva la calidad de definitiva. Sin embargo, cabe destacar que el decisorio recurrido es equiparable a tal, en función de impedir la prosecución del proceso [y] por la imposibilidad de iniciar una nueva acción ante la prescripción de la misma". Agregó que "de los propios términos de la sentencia cuestionada, surge que fue objeto de tratamiento y decisión —tal como se expresó anteriormente— una cuestión específicamente procesal…"; no obstante lo cual entendió que se planteaba "un efectivo agravio que constituye una cuestión constitucional, encuadrable en el supuesto contemplado en el art. 27 de la ley 402, en tanto la cuestión resuelta se halla en directa relación con la garantía del debido proceso y el derecho de defensa en juicio. Y ello es así por la sola circunstancia de que la sentencia en crisis se proyecta más allá de la presente litis, por cuanto, ante la posibilidad de encontrarse prescripta la acción, no podrá acudir a otra instancia judicial en que puedan debatirse los derechos en juego, negando así, en modo definitivo, la posibilidad de que la actora haga uso de lo que considera son sus atribuciones constitucionales". Por lo contrario, denegó la concesión del recurso en relación a la supuesta "arbitrariedad" del fallo.

El fiscal general adjunto consideró que debía declararse mal concedido el recurso por ausencia de un caso constitucional (fs. 63/64 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

El recurso fue incorrectamente concedido por el tribunal de alzada, toda vez que la sentencia contra la que está dirigido no es una definitiva ni equiparable a tal (conf. art. 27, ley 402), toda vez que no ha impedido al recurrente promover la acción ante la jurisdicción en la que entiende que le asiste derecho a hacerlo.

La revisión de la providencia que tuvo por perimida la instancia no tiene por propósito la prosecución del proceso cuya caducidad viene impugnada. Ello torna inaplicable las razones que fundan la jurisprudencia de la CSJN con arreglo a la cual "es admisible el recurso extraordinario deducido contra el pronunciamiento que declaró operada la caducidad de la instancia, si el caso es de aquellos que pueden ocasionar un agravio de imposible reparación ulterior, pues la situación podría encuadrarse en lo dispuesto por el art. 3987 del Cód. Civil, con lo cual la apelante perdería la oportunidad de reiterar su demanda en las instancias ordinarias" (*Fallos*, 327: 4113; 327:3024; 326:1183; entre muchos otros), ciertamente en circunstancias

en que la revisión de la caducidad importa remover un obstáculo para continuar el desarrollo del pleito.

La presente demanda fue interpuesta con expresa indicación de que perseguía el sólo efecto interruptivo, no su trámite, ni aún en la etapa primera del traslado a la accionada. El actor indicó luego que entendía incompetente a esta jurisdicción, y llevó su reclamo al fuero nacional en lo Civil. En definitiva, el proceso estaba destinado a concluir sin completar su trámite. El interés jurídico que refiere el recurrente no es el de mantener viva la acción sino el de evitar que sus peticiones sean interpretadas como un abandono de la acción susceptible de acarrear la aplicación del art. 3987 del Cód. Civil. Acerca del contenido de la voluntad puesta de manifiesto por el accionante corresponderá pronunciarse, según la radicación de la causa que refiere en estas actuaciones, a jueces que no integran el Poder Judicial de la CABA, aunque ejerzan competencias que el art. 129 de la C.N. atribuya a ésta. Esa será la jurisdicción a la que cabrá establecer si los pasos dados por el recurrente, que en todo momento dejó expuesta su voluntad de limitar el trámite de este proceso a lo efectivamente obrado, pueden conllevar a la aplicación del art. 3987 del Cód. Civil, sin que quepa sostener que el modo en que pasan al archivo —perención de instancia— las actuaciones labradas en esta jurisdicción proyecta efectos distintos de los que la parte pidió, puesto que las leyes locales pueden escoger las modalidades que estimen adecuadas para archivar las actuaciones a las que corresponda aplicarlas; pero, no proyectar efectos sobre las relaciones jurídicas tratadas por los códigos de fondo del art. 75, inc. 12 de la C.N.

Por las razones expuestas, de conformidad con lo dictaminado por el fiscal general adjunto, voto por declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad obrante a fs. 41/54.

La jueza Ana María Conde dijo:

Como acertadamente destaca el Dr. Lozano en su voto, al que adhiero, la sentencia cuestionada por el recurrente no reviste carácter definitivo ni equiparable a tal, ya que la caducidad de instancia decretada en autos pone fin a un proceso que fue iniciado al único efecto de interrumpir la prescripción liberatoria, mientras que el reclamo de fondo fue deducido en el marco de otro juicio que tramita en otra jurisdicción —ante la justicia nacional en lo Civil.

Asimismo, el recurrente no plantea un genuino caso constitucional, ya que sus agravios constituyen una mera discrepancia con la forma en que los jueces de mérito aplicaron normas rituales infraconstitucionales para resolver una cuestión de neto corte procesal.

En virtud de lo expuesto, voto por declarar inadmisible el presente recurso de inconstitucionalidad.

El juez José O. Casás dijo:

1. El decisorio impugnado por el actor —que confirmó la resolución de primera instancia que había declarado la caducidad de instancia en los términos del art. 266

del CCAyT— resulta equiparable a una sentencia definitiva por los efectos que produce en cabeza del recurrente. En caso que la perención de instancia declarada en el caso devenga firme, es razonable pensar que, cuando ella tenga que ser valorada en el marco del proceso de daños y perjuicios iniciado ante la justicia nacional en lo Civil, podrá llegar a tener una incidencia determinante y privar al actor de la posibilidad de accionar —si se entiende que la interposición de la demanda en sede local no resultó hábil para interrumpir la prescripción a tenor de lo dispuesto en el art. 3987 del Cód. Civil.

2. Sin perjuicio de ello, coincido con mis colegas preopinantes en cuanto a que, en el caso, corresponde declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad local. Ello así, toda vez que la accionante no ha logrado plantear fundadamente un agravio constitucional en los términos del art. 113, inc. 3º, de la CCBA. En efecto, la decisión que declaró operada la caducidad de instancia del proceso iniciado "al sólo efecto interruptivo de prescripción" con fundamento en que había transcurrido el plazo previsto en el art. 260, inc. 1º, del CCAyT y aquella de la Sala II que la confirmó —más allá de su acierto o error— versaron exclusivamente sobre aspectos propios de los jueces de la causa, relativos a cuestiones de hecho y de derecho procesal infraconstitucional, que resultan ajenos a esta instancia recursiva. En este punto, cabe añadir que la genérica invocación de disposiciones constitucionales (arts. 5º,14, 16, 17, 18, 28, 31 y 75, inc. 22, de la C.N. y art. 13 de la CCBA) o la alegación de la arbitrariedad de la sentencia no resultan suficientes para cumplir con el recaudo aludido.

Por los motivos expuestos, de acuerdo con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto a fs. 63/64 vta., corresponde declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad articulado a fs. 41/54 vta.

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

El recurso de inconstitucionalidad, en los términos en que fue admitido por el tribunal superior de la causa, ha sido correctamente concedido.

La sentencia recurrida resulta equiparable a definitiva pues deja, en el mejor de los casos, en total incertidumbre al actor respecto de saber qué eficacia tiene la interposición de su demanda al sólo efecto de interrumpir el curso de la prescripción liberatoria. En consecuencia, esa incógnita no despejada por el trámite judicial se proyecta sobre el derecho de acción y el acceso a la justicia (conf. art. 8.1., CADH), los cuales cuentan con expresas herramientas legales (v. gr.: art. 3986, Cód. Civil) que coadyuvan a no vaciarlos de contenido ni eficacia. En rigor de verdad, en mi opinión la decisión recurrida podría ser interpretada con toda razón, por otro órgano jurisdiccional en un proceso que tenga la misma pretensión, como justificación para tener por no interrumpida la prescripción.

Lo expresado se corrobora si se advierte que lo decidido por las instancias inferiores va en sentido definitivamente contrario del objeto de la demanda interpuesta. En efecto, el actor pretendía interrumpir la prescripción y lo que obtuvo fue una declaración de perención de instancia que, precisamente, neutraliza el efecto interruptivo de la interposición de la demanda (conf. art. 3986, Cód. Civil). Con

mayor precisión, puedo decir que las decisiones recaídas no rechazan la solicitud de tener por interpuesta la demanda con efecto interruptivo —esa hubiera sido estrictamente una decisión contraria a lo peticionado por el justiciable— sino que deciden *extra petita*, algo no comprendido ni previsto en el propósito al que apunta el objeto de la demanda.

Este proceso se presenta entonces como una suerte de extraña *reformatio in pejus* en donde el actor, en vez de consolidar una posición jurídica con una herramienta expresa destinada a ese fin —interrumpir la prescripción mediante la interposición de la demanda y a ese sólo efecto— fue perjudicado por un desarrollo del trámite sorpresivo que ubicó a Basualdo en peores condiciones, en cuanto a sus expectativas jurídicas, que las que tenía antes de poner en marcha lo que debió ser una sencilla actividad jurisdiccional.

Entre los errores del trámite que repercuten en el derecho de defensa del actor y que éste señala en su recurso, se destacan dos, uno en el procedimiento y otro en la decisión impugnada: *a)* La notificación por ministerio de la ley de la resolución del 21/3/2007 que debió hacerse por cédula según los términos del art. 119, CCAyT y de una recta interpretación de la dirección del proceso cuyo fin no puede ser sorprender a la parte con un mecanismo ficto de conocimiento, y; *b)* la inteligencia del tribunal superior de la causa y del magistrado de primer grado en cuanto que la instancia estaba abierta y, por lo tanto, podía caducar. En rigor, la "instancia" —desde el punto de vista de la carga de impulso y de su correlato, el instituto de la caducidad de instancia—, se abre sólo a partir de la firma de la resolución que ordena el traslado de la demanda aunque no se encuentre notificada a la parte demandada (arg., art. 260 CCAyT, incorrecta e imparcialmente citado por el tribunal superior de la causa en su resolución del 17/9/2009).

Antes de esa resolución pueden existir cargas de integración de la demanda, que de no satisfacerse autorizan a su archivo, pero no una declaración de perención de una instancia que no ha comenzado.

Como los fundamentos de la sentencia atacada se apoyan en los errores indicados, la decisión impugnada lesiona la garantía constitucional del derecho de defensa desde el inicio: el acceso a la justicia y la oportunidad de ser oído con alguna chance en la defensa de los derechos en juego.

Por las razones expuestas, voto por: *a)* declarar procedente el recurso, *b)* revocar la decisión impugnada y mandar que un tribunal distinto dicte un nuevo pronunciamiento ajustado a lo aquí expresado.

Por ello, de acuerdo a lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Gastón Maximiliano Basualdo.

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 - José O. Casás.*

LXII

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'TECNOLOGÍA MÉDICA S.A. C/GCBA S/COBRO DE PESOS'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional. Cuestiones de hecho y prueba. Interpretación de normas infraconstitucionales. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. El recurso de queja no puede tener acogida favorable si los agravios vertidos tal como han sido planteados, no satisfacen la carga de realizar una crítica concreta y fundada de los fundamentos por los cuales la Cámara decidió no conceder el recurso de inconstitucionalidad —falta de configuración de la causal de arbitrariedad y ausencia de caso constitucional. *(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. Tanto el recurso de inconstitucionalidad como la queja incoados sólo contienen una genérica mención de preceptos constitucionales cuya vinculación con la cuestión controvertida en el caso no fue desarrollada por la recurrente. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

3. El recurso de queja intentado a partir de la mención genérica del derecho de propiedad y de defensa en juicio, las potestades constitucionales propias de la Administración, la forma republicana de gobierno y el principio de división de poderes, no logra articular el modo en que la sentencia de la Cámara afecta algún derecho o garantía de raigambre constitucional que habilite la competencia de este estrado. *(Voto del señor juez José O. Casás)*.

4. La referencia ritual a derechos o principios constitucionales, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente a los efectos del recurso de queja, 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).*

5. 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 *(Voto del señor juez José O. Casás).*

6. La doctrina de la arbitrariedad de sentencia 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. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

7. Correspodende rechazar el recurso de queja si el demandado alude una y otra vez a aspectos de la sentencia de segunda instancia con los que discrepa sin aportar ninguna razón que logre poner en crisis los fundamentos de la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad, centrados en que el debate estuvo referido a cuestiones de hecho y prueba y a la aplicación de normas infraconstitucionales. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. SACAyT nº 6762/09 - 7/4/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Tecnología Médica S.A (en adelante: TM) planteó una demanda contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante: GCBA) tendiente al cobro de la suma de $ 13.368,15 (capital e intereses a la fecha de la demanda), correspondiente a pagos adeudados derivados de la contratación directa que realizaron para proveer e instalar colchones y cortinados hospitalarios para consultorios y "shock room" del Hospital General de Agudos Ramos Mejía (fs. 67/69 vta.). El GCBA en la contestación de demanda se opuso a su procedencia. Los letrados plantearon, subsidiariamente, la nulidad de la contratación (fs. 70/88 vta.).

2. El juez de primera instancia acogió el planteo de nulidad de la contratación formulado por el GCBA, y en mérito a ello dictó sentencia: "*1)* Rechazando la demanda instaurada en todas sus partes, en atención a la nulidad absoluta e insanable del contrato invocado por la actora. *2)* Imponiendo las costas a la actora..." (fs. 124/131 vta.).

3. TM apeló la sentencia y expresó agravios (fs. 89/101 vta.). El GCBA contestó el memorial y solicitó su rechazo (fs. 102/114 vta.).

4. La Sala II de la Cámara CAyT resolvió: "Revocar la sentencia de grado en todas sus partes, y, por ende, admitir la demanda promovida por Tecnología Médica S.A., con costas de ambas instancias a la demandada..." (fs. 133/142 vta.). En el voto de la jueza preopinante Nélida Mabel Daniele, al que adhirió el juez Eduardo Ángel Russo, se consideró que "...de acuerdo con las especiales circunstancias del caso, la actora pudo razonablemente considerar que las prestaciones efectuadas

serían solventadas con fondos de la caja chica, y que, por lo tanto, estaba actuando conforme a derecho. En consecuencia… debe hacerse lugar a la demanda incoada y, por lo tanto, se condena al GCBA a abonar la suma de pesos nueve mil setecientos doce con ochenta centavos ($ 9.712,80) por las prestaciones efectuadas por Tecnología Médica S.A." (fs. 136 y vta.). Por su parte, el juez Esteban Centanaro consideró que la demanda debía prosperar, pero sobre la base de la prohibición de enriquecimiento sin causa y por un monto a determinar en la fase de ejecución de la sentencia.

5. El GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad contra ese pronunciamiento (fs. 25/42 vta.). Sostuvo que el fallo era arbitrario y vulneraba sus derechos constitucionales de propiedad y de defensa en juicio, las potestades constitucionales propias de la Administración en el ejercicio de las facultades que le asisten a su instituyente, la forma republicana de gobierno y el principio de división de poderes (arts. 1º, 14, 17, 18, 28 y 33 de la C.N. y 1º y 104 inc. 11 de la Constitución de la Ciudad).

6. La Sala II denegó su concesión por considerar que no planteaba una cuestión constitucional, sino discrepancias con la valoración realizada en la sentencia de los hechos y con la aplicación del derecho infraconstitucional (fs. 144/146).

7. Frente al rechazo del recurso de inconstitucionalidad, el GCBA planteó el recurso de queja agregado a fs. 44/63 vta.

Requerido su dictamen, el señor fiscal general adjunto propició que el Tribunal rechace la queja impetrada por la parte demandada, por ausencia de cuestión constitucional (fs. 150/152).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. La queja fue interpuesta en tiempo oportuno y debida forma (art. 33, ley 402). Sin embargo, no puede tener acogida favorable.

2. En primer lugar, corresponde destacar que los agravios vertidos en la queja, tal como han sido planteados, no satisfacen la carga de realizar una crítica concreta y fundada de los fundamentos por los cuales la Cámara decidió no conceder el recurso de inconstitucionalidad —falta de configuración de la causal de arbitrariedad y ausencia de caso constitucional— (*in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001), omisión que obsta a su procedencia.

3. Además, tanto el recurso de inconstitucionalidad como la queja incoados sólo contienen una genérica mención de preceptos constitucionales cuya vinculación con la cuestión controvertida en el caso no fue desarrollada por la recurrente.

La ausencia de un caso constitucional se pone de manifiesto cuando la propia demandada, al formular sus agravios, expresa que "la sentencia objetada hace lugar a la demanda en base a: *a)* Entiende que la contratación pudo haberse realizado

bajo el régimen de 'caja chica', con libre elección del contratista en virtud de la supuesta urgencia del caso. *b)* Que la actora habría actuado de buena fe. *c)* Que la prestación habría sido efectivamente realizada. *d)* Que debe tomarse en el caso el instituto del enriquecimiento sin causa" (*sic*, fs. 54 vta.).

A partir de lo expuesto, es posible afirmar que la representación del GCBA pretende someter a decisión del Tribunal la interpretación dada por el *a quo* a las distintas reglas infraconstitucionales que rigen la contratación administrativa, la valoración del alcance de la pretensión de la actora y la ponderación de la prueba producida para esclarecer las circunstancias que habrían autorizado la contratación en la forma en que se llevó adelante en el caso y para determinar si los servicios cuyo pago se reclama fueron efectivamente prestados.

Desde esta perspectiva, el recurso intentado a partir de la mención genérica del derecho de propiedad y de defensa en juicio, las potestades constitucionales propias de la Administración, la forma republicana de gobierno y el principio de división de poderes, no logra articular el modo en que la sentencia de la Cámara afecta algún derecho o garantía de raigambre constitucional que habilite la competencia de este estrado.

Cabe recordar, al respecto, 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. "Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja", expte. n° 131/99, resolución del 23/2/2000, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. II, pp. 20 y ss.).

En suma, 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 (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).

4. La alegada arbitrariedad de la sentencia efectuada en el recurso no suple la ausencia de caso constitucional antes referida.

Más allá de que se comparta o no el criterio adoptado por la Sala II en la sentencia objetada para concluir que: *a)* existe un contrato entre las partes; *b)* el contrato que se considera existente fue realizado con observancia del bloque normativo que regula las contrataciones de la Administración de acuerdo a las particulares circunstancias del caso, y *c)* la actora ha aportado al expediente los elementos de prueba necesarios para demostrar los extremos que justifican el pago de la suma

reclamada, lo cierto es que la recurrente no se ha ocupado de rebatir los diversos fundamentos del referido pronunciamiento mediante una argumentación clara, precisa y formulada desde una perspectiva constitucional.

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).

Asimismo parece necesario aclarar en este punto que, aunque el GCBA plantea que el fallo lo condena a abonar "una suma de dinero en base a un enriquecimiento sin causa no probado", la sentencia de la Cámara no tiene ese alcance. La posición mayoritaria adoptada por la Sala II (jueces Daniele y Russo) motivó la condena en la existencia de un contrato celebrado en circunstancias especiales. Sólo el juez Centanaro, en minoría, acogió la demanda por la vía del enriquecimiento sin causa.

En suma, como lo ha sostenido en su jurisprudencia constante este Tribunal, "(l)a 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 de inconstitucionalidad", expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas: *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. I, pp. 282 y ss.).

Por las razones expuestas, en sentido concordante con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, entiendo que la queja deducida por el GCBA debe ser rechazada.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La queja que dedujera oportunamente el GCBA debe ser rechazada.

2. Al declarar inadmisible el recurso de inconstitucionalidad del Gobierno (fs. 144/146), los magistrados destacaron:

i) que (fs. 144 vta.) "las garantías y principios constitucionales genéricamente invocados no guardan relación directa e inmediata con lo decidido...";

ii) que el recurrente enunció preceptos constitucionales en forma vaga, sin vincularlos con el caso;

iii) que (fs. 145) " (...) el recurso abunda en discrepancias respecto de la manera en que el tribunal valoró la prueba y la realidad judicial verificada, y no hace sino mencionar principios, derechos y garantías constitucionales, sin explicar el papel que éstos cumplen en el fallo atacado"; y

iv) que (fs. 145 vta.) "(...) las cuestiones que fueron objeto de tratamiento y decisión (...) quedaron circunscriptas a la interpretación de normas infraconstitucionales tales como el dec. 5720/72 y la Ley de Contabilidad".

Por fin, en cuanto a la denuncia de arbitrariedad, los jueces señalaron que los argumentos de la Procuración "(...) sólo logran traducir su disconformidad con la interpretación de los hechos y las normas locales en juego y con la valoración de la prueba aportada en la causa y que constituyen el fundamento del decisorio, sin lograr demostrar cuáles serían sus vicios lógicos o argumentativos o de qué forma la sentencia quedaría descalificada como acto judicial" (fs. 145 vta.).

3. En la presentación de fs. 44/63 vta., el GCBA insiste con una serie de planteos que nada predican del auto denegatorio sino que se refieren a la sentencia sobre el fondo. Expresa *i)* que se lo condenó a abonar una suma de dinero en base a un enriquecimiento sin causa no reclamado en la demanda ni probado en forma fehaciente, lesionando así el principio de congruencia; *ii)* que se hizo coincidir la cuantía de la indemnización con el monto de las facturas sin descontar las ganancias del contratista, todo ello con afectación de su derecho de propiedad y en contradicción con los fallos "Ingeniería Omega" y "Cardiocorp"; *iii)* que la Sala II avaló el informalismo y el procedimiento verbal para el supuesto contrato cuando no estaba probado que éste se hubiera celebrado bajo el régimen de "caja chica"; *iv)* que a diferencia de lo que entendió la Cámara, no existió buena fe de la actora quien, en su carácter de contratista del Estado, no podía desconocer los vicios manifiestos de la contratación; y *v)* que los sentenciantes tuvieron por efectivamente realizadas las prestaciones, pese a la inexistencia de partes de recepción definitiva.

En otros términos: el demandado alude una y otra vez a aspectos de la sentencia de segunda instancia con los que discrepa. Sin embargo, no aporta ninguna razón que logre poner en crisis los fundamentos de la denegatoria de fs. 144/146, centrados en que el debate estuvo referido a cuestiones de hecho y prueba y a la aplicación de normas infraconstitucionales.

La debilidad de la argumentación del quejoso y su ajenidad con el recurso que deduce también queda exhibida cuando afirma que la resolución de fs. 144/146 es dogmática ya que los jueces no habrían tenido en cuenta que la decisión recurrida se apartó de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes "Ingeniería Omega Sociedad Anónima c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires " (*Fallos*, 323:3924) y "Cardiocorp S.R.L. c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires" (*Fallos*, 329:5976). Una vez más, esta cuestión remite a la sentencia de fondo y no a la resolución denegatoria.

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. TSJBA *in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001).

En síntesis, las deficiencias de la crítica al auto denegatorio intentada en la presentación en examen sellan su suerte adversa.

4. Sin perjuicio de que la insuficiencia de la crítica a la resolución denegatoria me impide avanzar más allá de lo expuesto en el punto 3, es oportuno formular

una aclaración. La cuestión del enriquecimiento sin causa no formó parte de la decisión de la mayoría de la Cámara, que admitió la demanda por considerar que Tecnología Médica S.A. pudo razonablemente entender que las prestaciones serían solventadas con fondos de caja chica. Únicamente en el voto en disidencia del juez Centanaro se aplicó la teoría del enriquecimiento sin causa. Por lo tanto, los agravios expresados a ese respecto por la Ciudad son ajenos a los fundamentos del pronunciamiento recurrido.

5. Por todo lo expuesto, corresponde rechazar la queja de fs. 44/63 vta.

Los jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano dijeron:

Adherimos al voto de nuestro colega, el juez José O. Casás.

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 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 - José O. Casás.*

LXIII

"CEMENTOS AVELLANEDA S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'CEMENTOS AVELLANEDA S.A. S/INFR. ART. 1.4.4'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Principio de autosuficiencia. Cuestiones de hecho y prueba.

SUMARIOS:

1. El recurso de queja no cumple con el requisito de autosuficiencia, pues el recurrente no acompañó con la queja la copia de las actas labradas por la autoridad administrativa, ni del acto determinativo de responsabilidad librado por el Controlador de Faltas, ni de la acusación fiscal que menciona, a pesar de la significación que les asigna a dichas actuaciones y más allá de haberle sido requerido, en su momento, que acompañara copias de las piezas procesales que considerase pertinentes a fin de dar autosuficiencia al recurso. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

2. Los planteos del recurrente apuntan, pura y exclusivamente, a lograr que el Tribunal revise la valoración de extremos de hecho y prueba tenidos en cuenta para cuantificar la pena que se encuentra debidamente fundada por el juez de grado, circunstancia que impide su descalificación. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

3. El ordenamiento local, al establecer el recurso de inconstitucionalidad ante este Tribunal, no ha concedido a los justiciables una tercera instancia de mérito con conocimiento pleno para entender en planteos que se traduzcan en meras discrepancias relativas a cuestiones de hecho y prueba. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

4. Más allá del valor que puedan tener las manifestaciones de la recurrente vinculadas al sistema acusatorio, lo cierto es que no se ha acreditado que la interpretación que realizaron los jueces de la ley procesal que rigió el presente proceso, la ley 1217, resulte insostenible, ni se ha controvertido la validez de las previsiones de esa norma, circunstancias que privan de relación directa a la mencionada garantía con las cuestiones ventiladas en este proceso. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

5. Cabe rechazar el recurso de queja si los jueces de mérito valoraron las pruebas a las que se refiere la recurrente, aun cuando, en base a ellas, arribaran a un resultado adverso al que pretende la sociedad. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

6. La pretensión de la recurrente que, sin criticar debidamente el auto denegatorio de su recurso de inconstitucionalidad pretende que este Tribunal le dé tratamiento, debe rechazarse pues no está prevista en la regulación procesal la interposición directa del recurso de inconstitucionalidad ante los jueces con competencia para tratarlo. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

7. El único medio que habilita al Tribunal a evaluar la procedencia del recurso de inconstitucionalidad denegado es el recurso de queja, y éste, para ser tal, debe contener una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. SAPCyF n° 6820/09 - 7/4/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Surge del relato efectuado en la sentencia de primera instancia y en los escritos de la recurrente que la Unidad Administrativa de Atención de Faltas Especiales (en adelante: UAAFE) determinó la responsabilidad de Cementos Avellaneda S.A. (en adelante: CASA), firma dedicada a la elaboración de hormigón, por diversas irregularidades que constan en las actas nº 2-1258934 y nº 2-1258935, labradas el 26/9/2008, por lo que impuso una multa de de 473.000 UF.

CASA no consintió la determinación administrativa y solicitó el pase de las actuaciones al juzgado correspondiente.

2. El Juzgado de Primera Instancia en lo Penal Contravencional y Faltas Nº 11 resolvió condenar a Cementos Avellaneda S.A. a la pena de multa de 280.000 U.F por ser responsable de la infracción a los arts. 1.3.20 y 10.1.1 de la ley 451. El *a quo* declaró que los hechos que motivaron la condena concurrieron en forma real. La sentencia estableció la responsabilidad de CASA por dos faltas cometidas en la planta que poseía en la zona de la Estación de Cargas Belgrano, en la zona de Retiro: *a)* no haber exhibido inscripción de inicio de trámite ni certificado de aptitud ambiental exigidos por la ley 123, conducta encuadrada en la figura de "prohibiciones", art. 10.1.1. de la ley 451; y *b)* no haber exhibido inscripción en residuos peligrosos, ni manifiestos de retiro ni disposición final y por acopio incorrecto de residuos peligrosos; comportamientos encuadrados en la figura de "residuos peligrosos" del art. 1.3.20 del RF (fs. 24/44 vta.).

3. CASA apeló la sentencia por considerarla arbitraria (fs. 45/59). Sostuvo que no se tuvo en cuenta ciertas medidas probatorias practicadas conducentes a la solución del caso, que se afectó el debido proceso "al resolver por un hecho que no fuera materia de sanción en la instancia anterior, ni motivo de acusación fiscal", y que el juez fue sumamente riguroso al aplicar la sanción (fs. 48, párrafo 25).

4. La Sala II de la Cámara de Apelaciones confirmó la sentencia de 1ª instancia (fs. 61/64).

Consideró, entre otras razones, que la recurrente no desvirtuó el contenido de las actas de inspección, que daban cuenta de la presencia de "varios tambores vacíos que, según los dichos del jefe de la planta José Luis Patiño contuvieron aceite lubricante, entre los que se encontraba un tambor azul de plástico que había contenido aditivos y estaba a la espera de ser retirado por la firma proveedora" (fs. 63 vta.).

5. CASA interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 65/78). Planteó que se afectó el derecho de defensa, la garantía de debido proceso, el principio de congruencia y el sistema acusatorio pues se la condenó por un hecho que no fue materia de sanción en la instancia administrativa anterior, ni motivo de acusación del fiscal. También consideró afectado el principio de proporcionalidad de la pena y consideró arbitraria la sentencia pues omitió expedirse respecto de los argumentos que sustentaban su petición.

6. La Sala declaró inadmisible el recurso por considerar que no se planteaba un caso constitucional.

7. La denegatoria dio lugar a que CASA planteara ante el Tribunal el recurso de queja (fs. 5/19). Requerido su dictamen, el fiscal general adjunto propició su rechazo por ausencia de caso constitucional (fs. 87/88).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. Aunque interpuesta en tiempo y forma, la queja de CASA debe ser rechazada, pues, como ha sido señalado por el tribunal de alzada y el fiscal general adjunto, la defensa no ha logrado plantear un genuino caso constitucional.

La invocación de preceptos y principios constitucionales no resulta suficiente a tal fin pues, como el Tribunal ha señalado reiteradamente, no hay situación jurídica que no admita una remisión más o menos mediata a alguna disposición de los textos constitucionales nacional y local.

2. El primer agravio del recurrente menciona la afectación de las garantías constitucionales del debido proceso, la defensa en juicio, el sistema acusatorio y el principio de congruencia "al condenarse a CASA por un hecho que no fuera materia de sanción en la instancia anterior, ni motivo de acusación del señor fiscal" (fs. 9 vta.). La profusa invocación de garantías constitucionales se relaciona con la circunstancia de haberse considerado en la sentencia de primera instancia que la presencia del tambor azul conteniendo aditivos constituía la infracción de "residuos peligrosos".

El recurrente no acompañó con la queja la copia de las actas labradas por la autoridad administrativa, ni del acto determinativo de responsabilidad librado por el controlador de faltas, ni de la acusación fiscal que menciona, a pesar de la significación que les asigna a dichas actuaciones y más allá de haberle sido requerido, en su momento, que acompañara copias de "las piezas procesales que considere pertinentes a fin de dar autosuficiencia al recurso de queja" (fs. 21). Ello resta a la queja la autosuficiencia con la que debió ser dotada por el presentante.

Cabe añadir a mayor abundamiento que, sin embargo, el carácter sorpresivo de la invocación de ese hecho que el recurrente atribuye a la sentencia puede descartarse con la lectura de las constancias que sí se adjuntaron a este expediente. En el caso, la acusación fiscal no se ciñó a los tambores conteniendo aceite, sino que, en forma más genérica, se refirió "al acopio incorrecto de residuos peligrosos" (v. fs. 24 vta.), y la prueba producida durante el debate claramente abarcó las circunstancias relativas al hallazgo del tambor azul que había contenido "aditivos", en torno al cual centra su agravio el recurrente. Efectivamente, según surge del detallado relato que se efectúa en la sentencia de primera instancia —no controvertido en este aspecto por la defensa— el informe de inspección confeccionado como complementario de las actas de comprobación nros. 2-1258934 y 2-1258935 por la inspectora Salem el día del procedimiento que diera origen a esta causa hace referencia a la existencia del tambor azul en cuestión (fs. 35/vta.). Consecuentemente, los testigos citados al debate se refirieron a dicho extremo. En ese sentido, la inspectora explicó con detalle las circunstancias relacionadas con el hallazgo de aquel tambor durante la audiencia celebrada ante el juez de primera instancia (fs. 36) y el testigo Federico Gutiérrez Acosta, ingeniero químico que prestara servicios para la firma condenada, a su turno, explicó las razones por las cuales consideró que la utilización de aditi-

vos por parte de "Cementos Avellaneda" —aditivos que, de acuerdo a lo manifestado por el Jefe de Planta durante la inspección, fueron almacenados en el tambor azul en cuestión— no generaba residuos al quedar capturados en el hormigón (fs. 37). Finalmente, la defensa alegó en torno a las razones por las cuales estos "aditivos", utilizados para "fluidificar, retardar o acelerar el fragüe" no constituían desechos o residuos tóxicos, motivando sus argumentaciones en los dichos de los testigos Gutiérrez Acosta y Klaric durante la audiencia de debate (fs. 38 vta. y 39).

Lo expuesto es suficiente para descartar las alegaciones de la defensa en torno a la supuesta incorporación sorpresiva en la sentencia de hechos respecto de los cuales el condenado no pudo ejercer su derecho de defensa en juicio. En definitiva, aún cuando el recurrente haya podido considerar de extremada latitud la imputación efectuada por el fiscal en base a las actuaciones administrativas que le sirvieron de antecedente, nada dijo al respecto durante el debate y, sin dudas, produjo y valoró prueba específicamente en torno a la cuestión que ahora afirma lo ha sorprendido.

3. El siguiente agravio se refiere a la cuantía de la pena, que entiende carente de proporcionalidad en atención al daño causado o peligro creado (fs. 14 vta./17 vta.). Sostiene el recurrente que las declaraciones de los testigos Gutiérrez Acosta y Klaric demostraron que el peligro creado fue mínimo (fs. 15 vta.) y que la documental acreditó que el predio no volvió a operar después del 4 de octubre de 2008. Afirma, sobre tal base, que la sanción "carece de toda razonabilidad, toda vez que no respeta la proporcionalidad entre la sanción establecida por la norma y la presunta conducta infractora de la empresa" (fs. 16 vta.) y que el fallo debe descalificarse por haber omitido considerar prueba fundamental y conducente.

La Cámara en este punto consideró que los planteos de la infractora "no logran desvirtuar el criterio promovido por el juez de grado —véanse particularmente las consideraciones de fs. 571/572 y fs. 581".

Pues bien, al margen de la sobria fórmula utilizada en la sentencia objetada, lo cierto es que los planteos del recurrente apuntan, pura y exclusivamente, a lograr que el Tribunal revise la valoración de extremos de hecho y prueba tenidos en cuenta para cuantificar la pena que se encuentra debidamente fundada por el juez de grado (véase en particular acápites "cuarto" y "séptimo" del fallo de primera instancia, fs. 33 vta./34 vta. y 43 vta.). Aunque esos desarrollos no satisfagan al recurrente, entiendo que la sentencia posee argumentos suficientes para impedir su descalificación, reiterándose que el ordenamiento local, al establecer el recurso de inconstitucionalidad ante este Tribunal, no ha concedido a los justiciables una tercera instancia de mérito con conocimiento pleno para entender en planteos que se traduzcan en meras discrepancias relativas a cuestiones de hecho y prueba.

En este sentido, el Tribunal ya ha dicho 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" [TSJBA,

in re "Falbo de Martínez, Palmira s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Falbo de Martínez, Palmira c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 1923/02 sentencia del 19/2/2003].

4. El cuestionamiento de arbitrariedad relativo a la alegada ausencia de tratamiento por parte de los jueces de mérito de los planteos efectuados en torno a la pena impuesta tampoco ha logrado demostrar la lesión de los principios constitucionales invocados genéricamente. Al respecto, ya he tenido ocasión de señalar que la determinación de la pena —materia propia de los jueces de la causa—, no es una cuestión aritmética (véase, en lo respectivo, mi voto *in re* "Pellizari, Luis Santiago s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Pellizari, Luis Santiago s/infracción art. 39 CC – apelación'", expte. nº 3768/05, sentencia del 4/4/2005). Cabe tener en cuenta que la multa se fijó por debajo —sensiblemente— de lo determinado en sede administrativa y pretendido por el fiscal, y que resultan suficientemente claras las razones tenidas en cuenta por el juez de grado para determinarlas y graduarlas, así como por la Cámara para confirmarlas. CASA podrá considerar severa la pena de cara a su planteo de falta de afectación material al medio ambiente, pero la defensa no ha siquiera intentado en sus recursos demostrar la irrazonabilidad del planteo formulado por el juez de primera instancia respecto de la perspectiva predominantemente formal con la que el derecho administrativo sancionador atrapa este tipo de infracciones, de cara a la perspectiva político persecutoria que la aleja del encuadre típicamente penal (y su exigencia de lesividad). Por ello, la pena no puede ser revisada por la vía intentada.

Por las consideraciones expuestas y lo concordantemente dictaminado por el señor fiscal general adjunto corresponde rechazar el recurso de queja obrante a fs. 5/19 y dar por perdido el depósito efectuado en cumplimiento de las previsiones contenidas en el art. 34 de la ley 402 (fs. 4).

Así lo voto.

Los jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano dijeron:

1. Coincidimos con el juez de trámite, el Dr. José O. Casás, en que la queja debe ser rechazada porque la recurrente no ha logrado demostrar que en el *sub lite* se encuentre comprometida una cuestión constitucional o una federal (conf. *Fallos*, 311:2478).

2. La recurrente sostiene que la decisión de los jueces de mérito conculcó el sistema acusatorio (conf. art. 13, inc. 3º, de la CCBA), el principio de congruencia y el derecho de defensa porque, afirma, la condenaron por un hecho que no formó parte ni de la acusación fiscal, ni de la sanción que se dispuso en sede administrativa: la existencia de un recipiente azul que contenía residuos peligrosos en el predio en que ella realizaba sus actividades. En particular, señala que el juez no pudo condenarla por hechos que no formaron parte de la acusación fiscal porque

"…el único con potestad exclusiva y excluyente para excitar la acción penal es el Ministerio Público" (resaltado con negrita en el original) (fs. 70).

Más allá del valor que puedan tener las manifestaciones de la recurrente vinculadas al mencionado sistema acusatorio, lo cierto es que no se ha acreditado que la interpretación que realizaron los jueces de la ley procesal que rigió el presente proceso, la ley 1217, resulte insostenible. A su vez, tampoco se ha controvertido la validez de las previsiones de esa norma. Esas circunstancias privan de relación directa a la mencionada garantía con las cuestiones ventiladas en este proceso.

Por lo demás, tampoco la quejosa ha logrado acreditar que se encuentren comprometidas el resto de las garantías constitucionales indicadas más arriba. Con relación a esos planteos, la Cámara señaló que "…los inspectores constataron la presencia del recipiente azul —véanse las actas detalladas con precedencia—…", extremo que, a juicio del *a quo*, "fue [a su vez] valorado por el titular de la Unidad Administrativa de Atención de Faltas Especiales al momento de fijar la sanción pecuniaria […] y con posterioridad por el juez de grado" (63 vta.); argumentos de hecho que la recurrente tampoco ha controvertido.

3. Asimismo, si bien Cementos Avellaneda sostiene que los jueces de mérito omitieron evaluar prueba que resultaba conducente para la resolución del caso, en particular, declaraciones de testigos, lo cierto es que no ha acreditado que esa situación se dé en el *sub examine*. De la sentencia de primera instancia, pronunciamiento al que remitió el *a quo* al tratar esta cuestión, surge que los jueces de mérito han valorado las pruebas a las que se refiere la recurrente, aun cuando, en base a ellas, arribaron a un resultado adverso al que pretende la mencionada sociedad (véanse fs. 63 vta., 27 a 28 vta., entre otras).

4. Finalmente, con relación a los agravios dirigidos a controvertir la cuantía de la sanción impuesta nos remitimos a lo dicho por el Dr. Casás en el punto 3 de su voto.

Por lo expuesto, votamos por rechazar la presente queja y dar por perdido el depósito cuyo comprobante obra a fs. 4.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La queja de fs. 5/19 fue oportunamente interpuesta por escrito ante este Tribunal (art. 33 de la ley 402). Sin embargo, debe ser rechazada. Cementos Avellaneda S.A. (en adelante CASA) no cumple con la carga de criticar en forma concreta y circunstanciada la resolución que declaró inadmisible su recurso de inconstitucionalidad.

2. La Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas denegó el recurso de inconstitucionalidad de fs. 65/78. Para así decidir, consideró que CASA se había limitado a "reeditar los argumentos presentados en el recurso de apelación" y pretendía valerse ante este Tribunal de "la misma fundamentación empleada en el recurso ordinario" (fs. 80 vta.). La Sala II afirmó que ese proceder señalaba únicamente su disconformidad con lo resuelto en instancias anteriores, y

que los planteos de la recurrente ya habían sido tratados en el pronunciamiento que resolvió la apelación. El tribunal *a quo* también descartó que se presentara en el caso un supuesto de arbitrariedad, con apoyo en la jurisprudencia que cita (fs. 81).

En su intento de desvirtuar los argumentos de la providencia denegatoria, la recurrente afirmó en su presentación directa que "de una simple lectura del escrito del recurso de inconstitucionalidad deducido por esta parte se advertirá que no se han 'reeditado' o 'reiterado' los argumentos oportunamente vertidos en el recurso de apelación, sino que se expone un auténtico caso constitucional" y que "tan sólo basta con confrontar ambos escritos para recabar que no se trata de planteos 'reeditados y reiterados'" (fs. 9 vta.). Dichas manifestaciones son falsas y, consecuentemente, no ponen en crisis el auto denegatorio. En efecto, y al contrario de lo manifestado por la quejosa, la presentación de fs. 65/78 repite la de fs. 45/59. Los aparts. 2 al 20 del recurso de inconstitucionalidad, reiteran literalmente los párrafos 6 al 24 del recurso de apelación. Lo mismo ocurre con los numerales 69 a 75, 38 a 47 y 52 a 64 del recurso denegado, que son una repetición textual de los parágrafos 35 a 40, 66 a 75 y 77 a 89 —respectivamente— de la apelación. Los únicos fragmentos del recurso denegado que no reponen literalmente lo alegado al recurrir la sentencia de primera instancia, se limitan a hacer citas y referencias al fallo que vienen a impugnar, o a reseñar algunos requisitos formales específicos del recurso en cuestión.

La infractora también sostiene que las citas que la Sala II realizó "para fundar la falta de arbitrariedad" (fs. 10 vta.) no resultan de aplicación para el caso en cuestión y que fueron realizadas sin tener en cuenta su contexto ni sus agravios específicos. Esta afirmación no individualiza qué contexto y agravios específicos debían considerarse, y por esa razón no descalifica los precedentes citados por la Cámara.

Por último, CASA vuelve a utilizar la misma estrategia argumentativa en la queja, dado que reproduce en forma textual el recuso de inconstitucionalidad, lo que no logra suplir la falta de una crítica debidamente fundada del auto denegatorio.

3. CASA, sin criticar debidamente el auto denegatorio de su recurso de inconstitucionalidad pretende que este Tribunal le dé tratamiento.

Tal pretensión debe rechazarse pues no está prevista en la regulación procesal la interposición directa del recurso de inconstitucionalidad ante los jueces con competencia para tratarlo. El único medio que habilita al Tribunal a evaluar la procedencia del recurso de inconstitucionalidad denegado es el recurso de queja, y éste, para ser tal, debe contener una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, que no se verifica en el caso (conf. TSJBA *in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001).

En síntesis, el recurrente no cumplió con la carga de demostrar el supuesto error en que incurrieron los jueces de la Sala II al cerrar su acceso al TSJBA. Por

ello, la queja debe ser rechazada y debe darse por perdido el depósito oportunamente integrado.

Así lo voto.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja agregado a fs. 5/19.

2º. *Dar* por perdido el depósito, cuya constancia de integración obra a fs. 4.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y oportunamente se remitan las actuaciones a la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

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

LXIV

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA OFICIAL EN LO CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 6— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'INCIDENTE DE BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS EN AUTOS: VILLAR, VALERIA, ONISZCZUK, CARLOS ALBERTO Y OTROS S/INFR. ART.(S) 116, 117 Y 118, CC'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Beneficio de litigar sin gastos. Sentencia definitiva. Cuestiones de hecho y prueba.

SUMARIOS:

1. El recurso de queja no puede prosperar, toda vez que carece de una crítica seria y concreta de los argumentos expuestos por el *a quo* en el auto denegatorio. (*Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. La decisión objetada por medio del recurso de inconstitucionalidad denegado no puede ser considerada una sentencia definitiva en los términos del art. 27 de la LPTSJ, porque, según lo prevé expresamente la norma aplicable (art. 76, CCAyT), la resolución que concede o deniega un beneficio de litigar sin gastos —por su carácter provisional o transitorio— "no causa estado". *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Luis F. Lozano, José O. Casás, y Alicia E. C. Ruiz).*

3. Todos los magistrados que intervinieron en el trámite de este incidente de beneficio de litigar sin gastos entendieron que las pruebas que había propuesto la defensa resultaban insuficientes para acreditar la situación de pobreza invocada, con sustento —además— en pronunciamientos anteriores de los mismos jueces de mérito con relación al mismo encartado, y lo cierto es que parece osado por parte de la defensa pretender tachar de arbitrarias a esas resoluciones, cuando aquéllas han sido claras al puntualizar las deficiencias de cada una de dichas pruebas. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. La decisión de los jueces de mérito encontró apoyo en cuestiones de hecho y prueba; materia cuya revisión resulta ajena, por regla, a la competencia de este Tribunal, sin que la defensa haya logrado demostrar que corresponda hacer excepción a esa regla en el *sub lite*, lo que le impide mostrar que la decisión que recurre pueda ser equiparada a una definitiva, toda vez que, a su luz, el perjuicio se torna definitivo no por insuficientes medios del recurrente para satisfacer el depósito sino por su voluntaria opción por no disponer de ellos para cumplir con el depósito que hoy afirma le reclama la CSJN. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. SAPCyF n° 6822/09 - 7/4/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La defensora oficial de Carlos Alberto Oniszczuk interpuso recurso de queja (fs. 24/33) contra el pronunciamiento de la Sala I de la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas (fs. 8/9) que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad, deducido —a su turno— contra la resolución de la misma Sala que confirmó la decisión de primera instancia en cuanto rechazó el beneficio de litigar sin gastos instado por el imputado (fs. 5/6).

2. En el recurso de inconstitucionalidad denegado por la Cámara (fs. 19/23), la defensa señaló, en primer lugar, que la resolución cuestionada le genera un gravamen irreparable porque la CSJN lo había intimado a integrar la suma de cinco mil pesos ($ 5.000), en concepto de depósito, luego de que se rechazara la queja por recurso extraordinario federal denegado ante esa instancia. En segundo lugar, la defensa expuso que la resolución impugnada resultaba arbitraria y lesionaba los derechos de defensa en juicio, acceso a la justicia y el principio de igualdad ante la ley.

3. La Cámara denegó ese recurso de inconstitucionalidad, porque no atacaba una decisión equiparable a definitiva, ni demostraba la existencia de un caso constitucional. Finalmente, los miembros de la Sala I advirtieron que en casos análogos, en los cuales el mismo imputado había sido peticionante de beneficios de litigar sin gastos, se habrían propuesto pruebas idénticas a las ofrecidas en este incidente, prescindiendo o haciendo caso omiso de que en aquellas ocasiones se

le habría explicado a la defensora oficial que tales pruebas resultaban insuficientes para demostrar la situación de pobreza que se invocaba.

4. El fiscal general adjunto, en su dictamen (fs. 38/39), entendió que correspondía rechazar la queja porque la decisión atacada mediante recurso de inconstitucionalidad no es una sentencia definitiva, ni resulta equiparable a ella. Asimismo, señaló que la recurrente no expuso un caso constitucional, que sus supuestos agravios remiten a la revisión de cuestiones de hecho y prueba y que la decisión objetada se encuentra debidamente fundamentada, por lo cual no puede ser tachada de arbitraria.

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. La queja fue interpuesta en tiempo y forma (art. 33, LPTSJ) pero no puede prosperar, toda vez que carece de una crítica seria y concreta de los argumentos expuestos por el *a quo* en el auto denegatorio obrante a fs. 8/9. Tal como lo han expresado los jueces de mérito y el fiscal general adjunto, la decisión objetada por medio del recurso de inconstitucionalidad denegado no puede ser considerada una sentencia definitiva en los términos del art. 27 de la LPTSJ, porque, según lo prevé expresamente la norma aplicable (art. 76, CCAyT), la resolución que concede o deniega un beneficio de litigar sin gastos —por su carácter provisional o transitorio— "no causa estado".

Si bien cabría la posibilidad excepcional de equipar aquella decisión a una definitiva, lo cierto es que no se advierte ni se expone razón alguna para hacerlo. En efecto, la conclusión de la Sala I de la Cámara en cuanto a que el recurso denegado no involucra un caso constitucional permanece incólume de cara a esta nueva impugnación, en tanto la argumentación de la defensa, además de ser una reedición de sus presentaciones anteriores, se sustenta, exclusivamente y al margen de unas pocas alusiones a derechos y garantías constitucionales, en una mera discrepancia con los motivos —por cierto, de hecho y prueba— que llevaron a un magistrado a rechazar un beneficio que la propia norma ha consagrado como una excepción a la regla general sobre la responsabilidad por el pago de las costas y cargas del proceso.

A decir verdad, la defensa tampoco logra argumentar suficientemente que la decisión recurrida le genere al imputado un perjuicio de imposible o insuficiente reparación ulterior, porque la mera referencia a la influencia que —según lo afirma— debiera tener el reclamo del depósito correspondiente a la instancia federal —frente al rechazo de la queja interpuesta ante la CSJN, relativa a la condena recaída en el proceso principal seguido contra el señor Oniszczuk— no resulta idónea para modificar el criterio que este Tribunal ha tenido al respecto (*in re* "Ministerio Público —Defensor General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Incidente de beneficio de litigar sin gastos en Oniszczuk, Carlos Alberto s/infracción ley 255 —apelación—'",

expte. nº 5463/07, resoluciones del 20/2/2008 y 23/4/2008 y "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'", expte. nº 6131, resolución del 4/3/2009). Adviértase, en orden a las supuestas violaciones constitucionales denunciadas, que, al margen de lo resuelto en este incidente, el imputado ha tenido acceso a todas las instancias judiciales locales para la revisión de la condena impuesta e incluso a la extraordinaria federal de la CSJN (fs. 2).

En concreto, todos los magistrados que intervinieron en el trámite de este incidente entendieron que las pruebas que había propuesto la defensa resultaban insuficientes para acreditar la situación de pobreza invocada, con sustento —además— en pronunciamientos anteriores de los mismos jueces de mérito con relación al mismo encartado, y lo cierto es que parece osado por parte de la defensa pretender tachar de arbitrarias a esas resoluciones, cuando aquéllas han sido claras al puntualizar las deficiencias de cada una de dichas pruebas: *a)* los testigos ofrecidos por la defensa, fehacientemente notificados, no habrían comparecido a la audiencia convocada por el juez de grado para testificar sobre la situación económica del interesado y tampoco habrían justificado debidamente sus inasistencias; *b)* el informe del Registro de la Propiedad Inmueble señalaría que el peticionante poseía la titularidad de un bien inmueble y tal circunstancia —aun cuando estuviera gravado con una hipoteca— merecía ciertas precisiones que el interesado habría omitido; y, por fin, *c)* la remisión *ad effectum vivendi et probandi* de otro incidente como el tramitado en autos —que, aparentemente, le habría sido concedido, unos años atrás—, no resultaba un elemento probatorio *per se*, ni vinculaba a los jueces de mérito, puesto que la situación patrimonial debía examinarse en este caso particular.

Así las cosas, las constancias de la causa y los motivos brindados por la defensa oficial no permiten arribar a una solución diferente en cuanto al otorgamiento del beneficio de litigar sin gastos denegado ni alcanzan para evidenciar la arbitrariedad o irrazonabilidad alegada.

2. Por las razones brevemente expuestas, concordantemente con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, voto por rechazar la queja intentada.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Coincido con la jueza de trámite, Dra. Ana María Conde, en que la queja debe ser rechazada porque la defensa no ha logrado demostrar que corresponda equiparar a definitiva la decisión que viene recurriendo, esto es, aquella que confirmó la denegatoria del beneficio de litigar sin gastos requerido por la defensa a favor de su asistido. Tal como señala mi colega, la decisión de los jueces de mérito encontró apoyo en cuestiones de hecho y prueba; materia cuya revisión resulta ajena, por regla, a la competencia de este Tribunal, sin que la defensa haya logrado demostrar que corresponda hacer excepción a esa regla en el *sub lite*. Esa falencia le impide mostrar que la decisión que recurre pueda ser equiparada a una definitiva, toda vez que, a su luz, el perjuicio se torna definitivo no por insuficientes medios del recu-

rrente para satisfacer el depósito sino por su voluntaria opción por no disponer de ellos para cumplir con el depósito que hoy afirma le reclama la CSJN.

El juez José O. Casás dijo:

1. Tal como lo propone la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, la queja interpuesta por la defensa oficial de Carlos Alberto Oniszczuk debe ser rechazada.

2. La resolución de la Cámara que confirmó la decisión de primera instancia que había denegado al requirente el beneficio de litigar sin gastos 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 y que los jueces de la causa consideraron insuficientemente acreditada —v. gr. las variaciones en la situación económica del señor Oniszczuk que señala la defensa en su queja, relativas al remate de una propiedad que habría tenido lugar con posterioridad a la solicitud que los jueces rechazaron (véase fs. 28)— (conf. doctrina de *Fallos*, 325:2623 y 326:287, entre otros).

Tampoco la defensa logra demostrar que la decisión objetada genere al señor Oniszczuk un perjuicio de imposible o insuficiente reparación ulterior y así poder 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). Al respecto, la mera referencia a la influencia que —según pretende el recurrente— debiera tener el reclamo del depósito correspondiente a la instancia federal (por el rechazo de la queja deducida ante la CSJN, relativa a la condena recaída en el proceso respecto del recurrente) no resulta idónea para modificar el reiterado criterio de este Tribunal al respecto (conf. *in re* "Ministerio Público —Defensor General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Incidente de beneficio de litigar sin gastos en Oniszczuk, Carlos Alberto s/infracción ley 255 —apelación—'", expte. nº 5463/07, resoluciones del 20/2/2008 y 23/4/2008 y "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'", expte. nº 6131, resolución del 4/3/2009). Nótese, además, que a pesar de lo resuelto en esta incidencia el recurrente ha tenido acceso a todas las instancias judiciales locales para la revisión de la condena impuesta en los autos principales e incluso a la extraordinaria federal de la CSJN, donde se resolviera su pretensión mediante la aplicación del art. 280, CPCCN (fs. 2).

3. Finalmente, la queja tampoco logra demostrar el yerro de la Cámara en torno a la afirmada ausencia de cuestión constitucional en el caso. En efecto, tal como lo expone la señora jueza de trámite, las argumentaciones del recurrente en

torno a la decisión de los jueces de mérito que pretende cuestionar discurren sobre cuestiones de hecho y prueba e interpretación de normas procesales locales, todas ajenas por definición a esta instancia.

4. Por las razones expuestas, concordantemente con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, entiendo que corresponde rechazar el recurso de queja deducido. En razón de que la actual composición de este Tribunal, reducida a cuatro miembros, impide resolver por mayoría si corresponde o no en el caso intimar al cumplimiento de la integración del depósito previsto en el art. 34, LPTSJ y su integración por sorteo con los presidentes de las dos Cámaras de Apelaciones locales podría dar lugar a sucesivas resoluciones contradictorias sobre el punto, me abstengo de hacer valer aquí los fundamentos que vertiera en otros precedentes ("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 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) y de expedirme al respecto.

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja interpuesto a fs. 24/33 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. TSJBA *in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. n° 865, resolución del 9/4/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. III, pp. 92 y s.).

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 ni un caso de arbitrariedad (fs. 8 vta.).

Por estas razones, voto por rechazar el recurso de queja intentado.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja agregado a fs. 24/33.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita este incidente a la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

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

LXV

"CINGOLANI, LISANDRO ESTEBAN Y OTROS C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD: Medidas cautelares. Vista al Ministerio Público Fiscal.

SUMARIOS:

1. La sentencia en el juicio de inconstitucionalidad, en caso de resultar favorable al actor, se limita a la declaración de invalidez de las normas cuestionadas; y las particularidades propias de estos procesos impiden trasladar a ellos, sin más, los principios generales respecto de las medidas cautelares propios de los juicios contenciosos. *(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. La medida cautelar requerida en autos debe ser rechazada, ya que hacer lugar a la misma, implicaría otorgar una tutela que la propia sentencia de fondo no podría conceder, por las especiales características de la acción declarativa de inconstitucionalidad prevista por el art. 113, inc. 2º de la CCBA, que resulta incompatible con el dictado de medidas cautelares. *(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).*

3. El Tribunal, desde el inicio de su gestión ha decidido acerca de la admisibilidad o inadmisibilidad de las acciones declarativas de inconstitucionalidad (art. 113, inc. 2º CCBA) sin correr vista al Ministerio Público, y las disposiciones del 21 de la ley 402 no impiden que el Ministerio Público formule oportunamente en su dictamen todas las consideraciones que entienda necesarias. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. SAO n° 7146 - 7/4/2010

VISTO:

el expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

A fs. 8/32 se presenta Lisandro Esteban Cingolani e impugna, en los términos del art. 113, inc. 2° de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, la ley 3254 y las resols. 6013/09 y 186/10 de la DGDPC por imputarlas inconstitucionales en mérito a las consideraciones que expone.

Asimismo requiere el dictado de "una medida de no innovar hasta tanto recaiga sentencia definitiva en el caso a efectos de que se me exima de cumplimentar las obligaciones impuestas por la norma impugnada y se abstenga consecuentemente de imponerme sanción alguna" (fs. 31 vta./32).

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Sin abrir juicio acerca del cumplimiento de los presupuestos de admisibilidad de la demanda, corresponde considerar la medida cautelar solicitada en el punto 5 del escrito de demanda.

2. Es jurisprudencia pacífica y reiterada del Tribunal que la acción declarativa de inconstitucionalidad del art. 113, inc. 2º, de la CCBA resulta incompatible con el dictado de medidas cautelares.

La sentencia en el juicio de inconstitucionalidad, en caso de resultar favorable al actor, se limitará a la declaración de invalidez de las normas cuestionadas (este Tribunal, *in re* "Massalin Particulares S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad" en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. I, 1999, pp. 119 y ss., entre muchos otros).

Consecuentemente, hacer lugar a la medida precautoria solicitada, implicaría otorgar una tutela que la propia sentencia de fondo no podría conceder, por las especiales características de la acción declarativa de inconstitucionalidad (doctrina del Tribunal, en los autos "Doy, Miguel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 52/99, sentencia del 16/6/99, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. I, pp. 134 y ss.; "Salgado, Graciela Beatriz c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 826/01, resolución del 22/2/2001; "Villegas, Héctor c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 1276/01, resolución del 28/11/2001; "Unión Transitoria de Agentes S.A. y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 1268/01, resolución del 28/11/2001, 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, sentencia del 21/4/2004, entre muchos otros).

En suma, las particularidades propias de estos procesos impiden trasladar a ellos, sin más, los principios generales respecto de las medidas cautelares propios de los juicios contenciosos (doctrina del Tribunal *in re* "Valdés, Eduardo Félix c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 1542/02, resolución del 12/6/2002).

Por las razones expuestas, la medida cautelar requerida en autos debe ser rechazada.

3. De acuerdo al criterio sentado en los exptes. nº 5541/07 "Ministerio Público – Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", resolución del 27/12/2007, y n° 5520/07 "Corporación de Rematadores y Corredores Inmobiliarios – Mutual c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", resolución del 27/12/2007, corresponde correr vista al señor fiscal general por el plazo de cinco (5) días, para que se expida en relación con la admisibilidad formal de la acción planteada en autos.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Coincido con la señora jueza de trámite, Dra. Ana María Conde, en que no corresponde hacer lugar a la medida cautelar solicitada, puesto que, como acertadamente señala mi colega, esa clase de medidas resulta incompatible con el tipo de proceso que aquí nos ocupa.

2. Finalmente, por los motivos expuestos en mi voto *in re* "Ministerio Público –Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad" expte. nº 5541, resolución del 27/12/2007, entre otros, a los que cabe remitirse, corresponde correr vista al señor fiscal general adjunto para que dictamine en relación con la admisibilidad formal de la presente acción.

El juez José O. Casás dijo:

Me adhiero al voto de la jueza Ana María Conde.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Coincido con la opinión de la señora jueza de trámite respecto de la improcedencia de la medida cautelar solicitada, tal como lo expresara en los precedentes citados por mi colega, a los que me remito por razones de brevedad.

2. Disiento en cambio con relación a la segunda cuestión. El Tribunal, desde el inicio de su gestión ha decidido acerca de la admisibilidad o inadmisibilidad de las acciones declarativas de inconstitucionalidad (art. 113, inc. 2º CCBA) sin correr vista al Ministerio Público.

El criterio adoptado antes de la sanción de la ley 402 fue receptado por esta norma en su art. 21, último párrafo que dispone: "Contestado el traslado o vencido el plazo para hacerlo se da intervención al fiscal general por el plazo de diez (10) días para que dictamine. En casos excepcionales, cuando el plazo previsto resulte

inadecuado conforme a la naturaleza del acto impugnado, el Tribunal podrá reducirlo o ampliarlo".

Las disposiciones del mencionado art. 21 no impiden que el Ministerio Público formule oportunamente en su dictamen todas las consideraciones que entienda necesarias.

En numerosos precedentes he señalado que las acciones del art. 113, inc. 2º CCBA no dan lugar a procesos adversariales, en los cuales las partes se enfrentan en el marco de una controversia que expresa intereses opuestos. Por el contrario en aquellas se trata de conflictos normativos. En otros términos, los jueces están llamados a decidir si la norma impugnada por la actora se adecua o no a los principios, reglas o preceptos de la Constitución Nacional y/o de la CCBA. Y los requisitos exigidos por el art. 113, inc. 2º CCBA y la ley 402 reconocen en estas acciones y en la actuación del Tribunal, peculiaridades que las diferencian claramente de cualquier otro tipo de juicios (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, *Constitución y Justicia*, t. I, pp. 56-60; "Blanco, María Susana c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción de inconstitucionalidad y nulidad", expte. nº 42/99, resolución del 4/6/1999, *Constitución y Justicia*, t. I, pp. 73-76; "Doy, Miguel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 52/99, resolución del 16/6/1999, pp. 134-136; "Federación Argentina de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires", expte. nº 49/99, resolución del 16/6/1999, pp. 132-133; "Farkas, Roberto y otro c/Gobierno de la Ciudad de Bs. As. s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 7/99, resolución del 29/6/1999, pp. 148-151).

La ley 31 y sus modificatorias regulan la función del Ministerio Público, desde la perspectiva de otros tipos de juicios que justifican ampliamente, la intervención que se otorga a ese órgano.

3. Por lo expuesto, voto por no hacer lugar a la medida cautelar solicitada y por proseguir el trámite conforme como lo indica la ley 402, ordenando el llamado de autos al acuerdo para que el Tribunal decida respecto de la admisibilidad o inadmisibilidad de la acción interpuesta.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *No hacer lugar* a la medida cautelar solicitada por el actor en su escrito de demanda.

2º. *Correr* vista al fiscal general por el plazo de cinco (5) días, para que se expida en relación con la admisibilidad formal de la acción planteada en autos.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y se cumpla.

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

LXVI

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'TELEFÓNICA DATA S.A. C/GCBA S/IMPUGNACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos. Cuestión federal. Interpretación de normas infraconstitucionales. Arbitrariedad de sentencia. Gravedad institucional.

SUMARIOS:

1. El problema planteado en estas actuaciones se vincula a la interpretación que cabe asignar a determinados artículos de las leyes 745 (Código Fiscal, año 2002) y 746 (Ley Tarifaria, año 2002), por tanto la decisión que la recurrente pretende que la Corte Suprema de Justicia revise, remite al examen y ponderación de normativa tributaria local, ajena al remedio federal intentado. *(Voto de los señores jueces José O. Casás, Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde).*

2. No corresponde al tribunal emisor del fallo impugnado pronunciarse respecto de la arbitrariedad de la sentencia recurrida y, a partir de los términos en que ha sido concebido el recurso, no se justifica aquí hacer excepción a la regla por no advertirse relación directa entre lo decidido y los principios, derechos y garantías constitucionales agitados en esta apelación extraordinaria.(*Voto de los señores jueces José O. Casás, Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

3. La gravedad institucional que invoca la recurrente no habilita la apertura de la instancia extraordinaria que reclama, ya que no basta con señalar de modo genérico sus argumentos, sino que debieron rebatirse concretamente los fundamentos que dieron sustento, en este punto, al decisorio recurrido. *(Voto de los señores jueces José O. Casás, Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. SACAyT n° 6403/09 - 8/4/2010

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) interpuso recurso extraordinario federal (fs. 204/222 vta.) contra la decisión de fecha 14 de diciembre de 2009 (fs. 188/201) mediante la cual el Tribunal rechazó, por mayoría, la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado deducido por su parte.

Corrido el traslado pertinente, Telefónica Data S.A., solicitó su rechazo (fs. 225/232).

FUNDAMENTOS:

Los jueces José O. Casás, Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde dijeron:

1. El recurso extraordinario federal planteado por el GCBA debe ser denegado.

2. El escrito de interposición del recurso extraordinario reitera prácticamente en su totalidad la fundamentación del recurso de queja de fs. 32/49 vta., y éste la del recurso de inconstitucionalidad de fs. 10/29 vta., en tal sentido la presentación efectuada por el GCBA no cumple con el requisito de fundamentación exigida en estos casos (conf. *Fallos*, 319: 1514, 1975).

3. La decisión del Tribunal que ahora se cuestiona consideró improcedente la queja —fundamentalmente— porque no se configuraba la causal de arbitrariedad, tampoco la de gravedad institucional, ni se lograba plantear un caso constitucional —como se puso de manifiesto en el pronunciamiento de fs. 188/201.

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 —como principio—, no son revisables en la instancia extraordinaria, en virtud del carácter fáctico y procesal de las cuestiones que suscitan (conf. *Fallos*, 299:268; 302:1040; 307:819; 311:101, entre muchos otros; y este Tribunal, *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Hernández, Leonardo Javier c/GCBA s/amparo [art. 14 CCBA]', expte. nº 2184/03, resolución del 13/8/2003).

4. Obsta, también, a la concesión del recurso el carácter no federal de la cuestión de fondo debatida.

El problema planteado en estas actuaciones se vincula a la interpretación que cabe asignar a determinados artículos de las leyes 745 (Código Fiscal, año 2002) y 746 (Ley Tarifaria, año 2002). Por tanto, la decisión que la recurrente pretende que la Corte Suprema de Justicia revise, remite —como se expuso en la sentencia de fs. 188/201— al examen y ponderación de normativa tributaria local, de naturaleza infraconstitucional. Aspectos ajenos, como principio, al remedio federal intentado.

5. En cuanto a la arbitrariedad atribuida a la sentencia, causal en la que el GCBA centra principalmente su recurso, entendemos que, por regla general, no corresponde al tribunal emisor del fallo impugnado pronunciarse y, por lo demás, a partir de los términos en que ha sido concebido el recurso en el *sub lite*, no se justifica aquí hacer excepción a la regla por no advertirse relación directa entre lo decidido y los principios, derechos y garantías constitucionales agitados en esta apelación extraordinaria.

6. La gravedad institucional que invoca el GCBA tampoco habilita la apertura de la instancia extraordinaria que reclama. No basta para ello con señalar de modo genérico que "… existe trascendencia institucional porque los recursos tributarios

constituyen el mayor ingreso para poder afrontar los gastos que tiene a cargo este Gobierno local. Estos gastos no son particulares sino que afectan a la comunidad toda, pues importan proveer educación, salud, higiene y, en definitiva, los mismos fines que tiene en cuenta la renta nacional…" (fs. 217 vta.); o que se "…afecta en forma directa la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires en el sentido de impedir la efectiva aplicación de la legislación dictada…" (fs. 222), sino que debieron rebatirse concretamente los fundamentos que dieron sustento, en este punto, al decisorio recurrido.

7. Por último, el GCBA 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) y la cita de las normas legales que confieren jurisdicción a la Corte para intervenir en el caso (inc. j).

Omitió también, en oportunidad de desarrollar los fundamentos del recurso, cumplir con la exigencia del art. 3°, relativa a la indicación de la introducción temporánea de la cuestión federal y su mantenimiento en las distintas instancias por las que transitó la causa (inc. b), en tanto en el cuerpo principal del escrito de fs. 206/222 vta., el GCBA tan solo apuntó que "… la cuestión federal que sustenta el recurso intentado, fue oportunamente planteada…" (fs. 210).

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 el apelante con fundamento en aquéllas (art. 3º, inc. e).

8. 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 dijo:

Por los fundamentos expuestos en los puntos 5 y 6 del voto preopinante, corresponde denegar el recurso federal interpuesto. Ello, sin perjuicio de la inteligencia que entendí correspondía otorgar a las normas locales en juego en la sentencia ahora recurrida.

Por ello,

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. 201, punto 2.

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

LXVII

"PARODI, PATRICIA TERESITA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'PARODI, PATRICIA TERESITA C/GCBA Y OTROS S/DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESP. MÉDICA)'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional. Cuestiones de hecho y prueba. Interpretación de normas infraconstitucionales.

SUMARIOS:

1. El recurso de queja no puede prosperar si el recurrente no demuestra que los agravios articulados en el recurso de inconstitucionalidad comprometan la interpretación y aplicación de cláusulas constitucionales como lo exige el art. 113 inc. 3º reglamentado por la ley 402 o federales. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás).*

2. Aunque la recurrente afirma que la decisión cuestionada resulta manifiestamente arbitraria ya que prescinde de la declaración fundamental y de la prueba esencial para la dilucidación del pleito y que medió un notorio apartamiento de las constancias comprobadas de la causa, omite señalar cuáles eran esas probanzas y cómo por su intermedio quedaría corroborada la versión de los hechos descartada por el *a quo* para, con ello, demostrar que su valoración en conjunto habría llevado indisputablemente a una solución diferente a la que arribó la Sala I. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás).*

Expte. SACAyT n° 6732/09 - 14/4/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Sra. Patricia Teresita Parodi interpuso una demanda por daños y perjuicios contra el Sr. Horacio Héctor Vitullo, el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante GCBA) y contra quien resulte propietario y/o civilmente responsable del vehículo Ford F 350, dominio CAI 927, vehículo que —según

expresó la actora en el escrito de inicio—, el día 7 de junio de 1999 embistió al automóvil marca Renault Kangoo, dominio CME 477 en el que ella circulaba por Av. San Martín al llegar a la intersección con la calle Baigorria. Indicó la existencia de lesiones en su persona a causa del accidente. Afirmó que eran responsables el GCBA (titular del dominio del automotor) y del Sr. Vitullo por aplicación de los arts. 1113 y 1109 del Cód. Civil. La suma total reclamada ascendió a $ 90.260, más sus intereses y costas (fs. 1/11, expediente principal, al que se refieren las siguientes indicaciones de foliatura, salvo mención en otro sentido) .

La demanda fue contestada por el Sr. Horacio Héctor Vitullo (fs. 29/30) quien, primero, adhirió a lo que contestase el GCBA y luego efectuó una ampliación señalando que todo lo reclamado por la actora era falso. Seguidamente planteó reconvención por la suma de $ 10.000 en concepto de daño moral.

El GCBA también contestó la demanda (fs. 37/53). Negó la existencia del accidente, y cuestionó los rubros reclamados y el monto de la indemnización pretendida.

A fs. 65/74, la Caja de Seguros S.A., citada en garantía por el GCBA, contesto el traslado conferido. Señaló que el asegurado nunca denunció el siniestro por el que reclama la parte actora. También negó los hechos relatados en el escrito de inicio y la responsabilidad atribuida al GCBA.

2. La jueza de primera instancia hizo lugar a la demanda y condenó a los demandados y a la citada en garantía a abonar a la actora $ 75.260, más los intereses (fs. 394/398). Sostuvo que las pruebas producidas demostraron que la lesión que sufriera la Sra. Parodi fue consecuencia del accidente de tránsito mencionado y que correspondía indemnizar los daños ocasionados, con el alcance que establece en la sentencia.

3. La parte actora (fs. 444/445), el GCBA (fs. 446/450) y la Caja de Seguros S.A. (fs. 451/454 vta.) apelaron y expresaron agravios. En cuanto ahora interesa, el GCBA planteó que las pruebas obrantes en autos no alcanzan a demostrar que el GCBA es responsable del hecho. La aseguradora, por su parte, también cuestionó que la sentencia atribuya responsabilidad a los demandados dando por probado que el hecho en el cual se fundamentó la demanda ocurrió como lo expresa la actora (fs. 451/453).

4. La Sala I de la Cámara de Apelaciones dispuso "*1)* Revocar la sentencia de grado y rechazar el recurso de apelación de la actora. *2)* Hacer lugar a los recursos de apelación del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y de la Caja de Seguros S.A.. *3)* En virtud del principio objetivo de la derrota imponer las costas a la actora en ambas instancias" (fs. 466/469).

Para decidir de tal forma, la Sala consideró que valorada la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica "la versión de la actora sobre el modo en que ocurrieron los hechos y el nexo causal entre el comportamiento del Gobierno y la

lesión sufrida sigue estando controvertida. En primer término, porque su versión de los hechos es corroborada por una única testigo, que se encontraba en el interior del automóvil, y que a su vez es allegada a la actora. Ciertamente esta circunstancia debe tenerse presente a efectos de evaluar la eficacia probatoria de sus dichos. (…) En el caso que nos ocupa, la interpretación restrictiva que debe darse a la declaración de la única testigo adquiere mayor sustento, máxime si la referida testigo es allegada a la actora. De esta manera, considero ineludible que dicha declaración esté acompañada de otros elementos de convicción que la avalen. (…) *XII.* En suma, la evaluación de la prueba antes descripta no conduce a sostener que efectivamente el día 7/6/1999 haya ocurrido el hecho que la parte actora alega. A mi juicio, las pruebas traídas a la causa son insuficientes, en la medida en que hay circunstancias que siendo invocadas no fueron debidamente acreditadas. Queda, entonces, como única fuente para verificar el hecho la prueba testimonial de la allegada a la demandante, que, en el caso, no considero que habilite, por sí misma, a tener por probado el hecho".

5. La actora interpuso recurso de inconstitucionalidad contra esa decisión (fs. 476/486). Sostuvo que el fallo era arbitrario, y por ende, violatorio de su derecho de defensa en juicio, tanto en la valoración de los elementos de prueba como en la aplicación de los arts. 310 y 362 del CCAyT. El fallo al interpretar como lo hizo la demanda y al no dar credibilidad a la declaración de la única testigo Sra. Margarita Crespo omitió considerar cuestiones significativas para la correcta solución de la causa y valoró en forma equivocada la prueba producida por su parte.

Al contestar el traslado, el GCBA (fs. 498/513) y la citada en garantía (fs. 492/497) solicitaron el rechazo del recurso, por ausencia de una cuestión constitucional.

La Sala I declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad ya que las materias que fueron objeto de tratamiento y decisión en ella quedaron circunscriptas a la interpretación de cuestiones de hecho y prueba, que no fueron conectadas plausiblemente con principios y normas constitucionales por la recurrente (fs. 515/516 vta.).

6. Frente a la denegatoria, la actora planteó ante el Tribunal la queja que da inicio a esta actuación (fs. 2/12, queja). Requerido su dictamen, el fiscal general adjunto propició que se rechace el recurso de la Sra. Parodi (fs. 55/57, queja).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La queja de la parte actora no puede prosperar porque el recurrente no demuestra que los agravios articulados en el recurso de inconstitucionalidad comprometan la interpretación y aplicación de cláusulas constitucionales como lo exige el art. 113 inc. 3º reglamentado por la ley 402 o federales según la doctrina

del precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Di Mascio (*Fallos* 311:2478).

2. La doctrina de la arbitrariedad que invoca la apelante, conforme tienen señalado la Corte Suprema de Justicia y este Tribunal siguiéndola, no ha sido elaborada para corregir sentencias equivocadas o que se reputan tales, ni las que resulten poco detalladas, sino para anular aquellas que muestren ser el fruto del mero arbitrio, esto es, aquellas que sea imposible derivar de la aplicación del derecho a los hechos de la causa (conf. "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Soto, Alberto Sabio s/recurso de queja s/sumarísimo", expte. n° 726/00, sentencia del 24/5/01, en *Constitución y Justicia* [*Fallos* del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. III, pp. 240 y ss. entre otras; *mutatis mutandi Fallos*, 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 608, 323:2196 y mi voto *in re* "B., C. B. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'B. C. B. c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica'", expte. n° 4245/05, sentencia del 26/4/2006). No muestra el recurrente que ello ocurra en el *sub examine*.

3. Los agravios que formula la recurrente sólo traducen su discrepancia con el valor probatorio que el *a quo* atribuyó a la declaración de la única testigo (ofrecida por la actora), Sra. Crespo, pero sin mostrar que resulten insostenibles la interpretación del derecho común, procesal y las determinaciones de hecho sobre cuya base los jueces de mérito resolvieron el pleito.

La sentencia impugnada, en lo que ahora importa, sostuvo que "la denuncia policial de fs. 1 y 2 de la causa penal no esclarece lo supuestamente sucedido a la Sra. Parodi el 7 de junio de 1999, sino que simplemente deja constancia del choque, en base a lo declarado por la actora". Asimismo, señala que "el dictamen de fs. 210 del perito ingeniero interviniente en la presente causa, establece que las partes no concurrieron a la cita establecida por él y que en consecuencia no se pudo establecer los daños sufridos en cada uno de los automóviles intervinientes en el hecho. Sin embargo, agrega que en el acta de choque el ex marido de la actora denunció que su automóvil no había tenido ningún daño o desperfecto" y agrega que "[e]n otro orden, no constan en autos constancias relativas a la atención de la actora en el Sanatorio Güemes, así como tampoco otros elementos que permiten verificar que el causante del perjuicio padecido haya sido el choque del vehículo perteneciente al Gobierno de la Ciudad" (fs. 466/469).

Aunque la recurrente afirma que la decisión cuestionada resulta "manifiestamente arbitraria ya que prescinde de la declaración fundamental y de la prueba esencial para la dilucidación del pleito" (fs. 482 vta.) y que "medi[ó] un notorio apartamiento de las constancias comprobadas de la causa" (fs. 483), omite señalar cuáles eran esas probanzas y cómo por su intermedio quedaría corroborada la versión de los hechos descartada por el *a quo* para, con ello, demostrar que su valoración en conjunto habría llevado indisputablemente a una solución diferente a la que arribó la Sala I, lo que priva de sustento al planteo formulado.

A su vez, la accionante tampoco explica por qué el rechazo de la demanda sería arbitrario cuando entre las constancias no controvertidas de la causa surge que en su demanda propone un relato de los hechos que difiere del efectuado en sede penal (véase fs. 1 vta. del expediente penal y fs. 2 de los autos principales) y que dicha modificación se vio acompañada por una variación del relato que efectuó la testigo (véase fs. 20 del expediente penal y fs. 168 de los autos principales); que el peritaje médico que invoca para acreditar los daños que alega —según el cual, antes del hecho de marras no había patología alguna del daño sufrido— se opone a lo expresado por el médico forense que intervino en la causa penal, que informó que la Sra. Parodi presentaba una patología cervical desde el año 1992 (fs. 100 del expediente penal); o que, como lo afirma el *a quo*¸ en el acta de choque su ex marido denunció que el automóvil no había tenido ningún daño o desperfecto.

En suma, la recurrente adujo arbitrario tratamiento de la prueba sin que lo transcripto muestre que el *a quo* se apartó de los criterios que el orden jurídico vigente suministra a los jueces para apoyar sus sentencias.

Por las razones dadas, de acuerdo con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, voto por rechazar la queja de fs. 23/35.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Comparto la solución que propone el señor juez de trámite, Luis F. Lozano, en el sentido de que corresponde rechazar la queja que interpusiera Patricia Teresita Parodi (fs. 23/35).

2. La presentación directa no cumple la carga de fundamentación prescripta por el art. 33 de la ley 402 toda vez que no rebate los argumentos expuestos en el auto denegatorio fs. 1/1 vta.

Es requisito necesario del recurso directo 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 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001, entre otros) y este recaudo no se verifica en la causa.

El escrito de fs. 23/35 contiene un único capítulo destinado a objetar el resolutorio de fs. 1/1 vta.: "IV.a. Agravio constitucional por la interpretación restrictiva y negación de justicia que denota el rechazo al recurso de inconstitucionalidad…" (fs. 25/27 vta., con destacados en el texto original).

De la lectura del apartado indicado se sigue que la quejosa apenas formula alguna referencia genérica al auto denegatorio.

En todo lo demás, el punto IV.a. vuelve sobre la impugnación a los criterios de valoración de prueba e interpretación de normas del CCAyT de la sentencia de fondo.

3. Por ello, voto por rechazar la queja que dedujera Patricia Teresita Parodi (fs. 23/35).

El juez José O. Casás dijo:

Tal como lo sostiene en su voto el señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano, el recurso de queja interpuesto a fs. 23/35 debe ser rechazado puesto que la actora no ha logrado configurar un caso constitucional conforme lo exige el art. 113, inc. 3º, de la CCBA para la habilitación de esta instancia recursiva extraordinaria.

En efecto, coincido con lo afirmado por mi distinguido colega, en punto a que los planteos tendientes a postular la arbitrariedad de la sentencia de la Sala I de la Cámara CAyT de fecha 4 de julio de 2008, en rigor, sólo exponen una valoración diferente de las distintas pruebas producidas en autos mas no permiten concluir que la interpretación efectuada respecto de las cuestiones fácticas y probatorias del expediente carezca de fundamentación razonada; máxime teniendo en cuenta que existen ciertas constancias, ya señaladas por el señor juez de trámite, que no contribuyen a echar luz sobre los hechos invocados por la actora para fundar su pretensión.

En particular, parece oportuno poner de resalto que la lectura del peritaje médico producido en los autos principales que la actora propone en su recurso —donde se sostuvo que antes del suceso que habría tenido lugar el 7 de junio de 1999 ella no presentaba antecedentes patológicos relacionados con el daño invocado (fs. 259/260 vta.)— no resulta suficiente para demostrar la palmaria inconsistencia de la decisión impugnada. En este sentido se advierte que, por un lado, el médico forense que intervino en la causa penal requerida *ad effectum videndi* por la señora jueza de grado informó que la señora Parodi presentaba una patología cervical con manifestaciones clínicas desde el año 1992 (fs. 100 del expediente penal); por otro lado, la actora en su demanda ofreció como prueba copia certificada de su historia clínica, aunque sólo del período comprendido entre el 1° de junio de 1999 y la actualidad —y con este alcance fue agregada a la causa— (fs. 10 vta. y fs. 178/183).

Por los motivos expuestos, y de acuerdo con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto (fs. 55/57), corresponde rechazar la presente queja.

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 Patricia Teresita Parodi.

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

La jueza Ana María Conde no vota por estar en uso de licencia.

Fdo.: *Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás.*

LXVIII

"GÓMEZ VILLALBA, NELZON Y OTROS C/GCBA (HOSPITAL 'BERNARDINO RIVADAVIA') S/DAÑOS Y PERJUICIOS S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO" Y SU ACUMULADO EXPTE. Nº 5243/07 "GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'GÓMEZ VILLALBA, NELZON Y OTROS C/GCBA (HOSPITAL BERNARDINO RIVADAVIA) S/DAÑOS Y PERJUICIOS'"

REGULACIÓN DE HONORARIOS PROFESIONALES: Capital. Acumulación de intereses.

SUMARIOS:

1. Por regla la regulación de honorarios firme de primera instancia sirve como base de cálculo de los que corresponden a las instancias posteriores, máxime cuando el peticionante no ha solicitado apartarse de la regulación efectuada por la Cámara. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

2. A los efectos de la estimación de los honorarios, no deben acumularse los intereses al capital, sino que debe practicarse la regulación exclusivamente sobre el *quantum* de este último. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. SACAyT nº 5257/07 - 14/4/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

El abogado Ariel Rodolfo Trusso, letrado apoderado de la parte actora en los autos principales, solicitó la regulación de sus honorarios por la labor profesional desarrollada ante el Tribunal (fs. 868 y fs. 981).

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Conviene recordar que el Dr. Ariel Rodolfo Trusso, en su doble calidad de apoderado y patrocinante de la parte actora, contestó (fs. 733/738 vta.) el recurso de inconstitucionalidad planteado por el GCBA (fs. 709/727 vta.) objetando su admisibilidad y procedencia. El fallo fue favorable a la parte por él representada, pues el Tribunal declaró mal concedido el recurso de inconstitucionalidad, con costas al GCBA recurrente (fs. 851/865).

En esa oportunidad y ante esta instancia el Dr. Trusso solicitó la regulación de sus honorarios (fs. 868) por su intervención en el recurso de inconstitucionalidad; el Tribunal, por mayoría, dispuso "Diferir la regulación de honorarios pedida a fs. 868 hasta que el Dr. Trusso agregue en estas actuaciones la correspondiente a la primera instancia" (fs. 873/876).

Dicha regulación ya ha sido practicada y consta en autos. El fallo de Cámara —obrante a fs. 983 y vta.— fijó los honorarios del Dr. Ariel Rodolfo Trusso en la suma de $ 100.000 (pesos cien mil) por su desempeño en primera instancia y en $ 30.000 (pesos treinta mil) los correspondientes a la intervención en segunda instancia.

Así las cosas, corresponde practicar la regulación solicitada.

2. La actividad de los profesionales en segunda o ulteriores instancias, a los fines arancelarios, se rige por el art. 14 de la ley 21.839: "se regulará (...) del 25 al 35 % de la cantidad que deba fijarse para los honorarios de primera instancia", teniendo presente las pautas establecidas por el art. 6º de la ley 21.839. Por regla la regulación firme de primera instancia sirve como base de cálculo de los que corresponden a las instancias posteriores, máxime cuando el peticionante no ha solicitado apartarse de la regulación efectuada por la Cámara.

La regulación peticionada se ciñe a la actuación profesional correspondiente a la contestación del recurso de inconstitucionalidad planteado por la demandada ya que esa tarea no estuvo contemplada en la regulación efectuada por la alzada a fs. 983 y vta.

La lectura del escrito demuestra que el letrado planteó ciertos reparos a la admisibilidad del recurso en línea con lo que finalmente resolvió el Tribunal (declarar mal concedido el recurso). Desde esa perspectiva la actividad desplegada fue eficaz para la defensa del derecho de su poderdante.

En suma, teniendo a la cuenta la labor realizada estimo razonable y acorde a la pauta legal, establecer los honorarios del Dr. Ariel Rodolfo Trusso por su intervención en la contestación del recurso de inconstitucionalidad en la suma de $ 30.000 (pesos treinta mil), a la que deberá adicionarse el IVA, si correspondiere.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Adhiero a la regulación de honorarios realizada por la jueza de trámite, Alicia E. C. Ruiz, sobre la base regulatoria consentida por las partes.

El juez José O. Casás dijo:

1. Como fuera destacado por la señora jueza de trámite, la regulación de los emolumentos por la labor profesional desarrollada por el doctor Ariel Rodolfo Trusso, letrado apoderado de la parte actora, ante esta instancia procesal quedó diferida hasta el momento en que se practicara en autos la regulación de los honorarios correspondientes a la primera instancia (fs. 873/876).

Por su parte, la resolución de la Sala I —obrante a fs. 983 y vta.— fijó los honorarios del aludido letrado por las tareas realizadas durante la tramitación del

proceso en primera instancia en la suma de $ 100.000 (pesos cien mil) y, por su actuación profesional ante la Cámara CAyT, en la suma de $ 30.000 (pesos treinta mil).

Así las cosas, corresponde en esta oportunidad efectuar la regulación de los emolumentos del doctor Ariel Rodolfo Trusso por su intervención en la contestación del recurso de inconstitucionalidad obrante a fs. 733/738 vta.

2. Si bien coincido con lo afirmado por mi distinguida colega respecto a que, por regla general, la regulación firme de los emolumentos de primera instancia sirve como base de cálculo de los que corresponden a las instancias posteriores, en el presente caso entiendo que tal pauta indicativa no resulta aplicable.

En este punto, resulta necesario recordar que el art. 14 de la ley 21.839 establece que la actividad de los profesionales en segunda o ulteriores instancias "se regulará (...) del 25 al 35 % de la cantidad que deba fijarse para los honorarios de primera instancia".

Y, por su parte, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha decidido reiteradamente que, a los efectos de la estimación de los honorarios, no deben acumularse los intereses al capital, sino que debe practicarse la regulación exclusivamente sobre el quantum de este último (*Fallos*, 317:1378; 325:242; entre muchos otros; y más recientemente *in re* "Autolatina Argentina S.A. v. Dirección General Impositiva" —*Fallos*, 330:704—, sentencia del 13/3/2007).

En consecuencia, entiendo que los honorarios por la actuación desplegada por el doctor Ariel Rodolfo Trusso ante esta instancia deben calcularse en el *sub examine* a partir del monto del capital que surge de la liquidación practicada a fs. 881 y aprobada a fs. 887 —esto es, la suma de $ 373.280— y no a partir de aquel que contempla los rubros de capital e intereses.

3. En lo que a la regulación peticionada respecta, coincido con lo afirmado por la señora jueza de trámite en punto a que la lectura del escrito presentado oportunamente permite advertir que la actividad desplegada por el letrado fue eficaz para la defensa del derecho de su poderdante. Por ello, teniendo en cuenta la labor realizada, estimo razonable y acorde a la pauta legal, establecer los honorarios del Dr. Ariel Rodolfo Trusso por su intervención en la contestación del recurso de inconstitucionalidad en la suma de $ 30.000 (pesos treinta mil), a la que deberá adicionarse el IVA, si correspondiere.

La cifra apuntada viene a converger con el importe fijado por la señora jueza de trámite. Sin embargo, es del caso señalar que a ella se arribó mediante un cálculo de los honorarios que hubiesen correspondido para las labores desempeñadas en primera instancia, efectuado conforme al criterio sentado por nuestro Alto Tribunal federal ya referido —esto es, a partir de una base regulatoria que no contempla la inclusión de los intereses— aunque con aplicación de las máximas alícuotas legales, de cara al resultado del presente pleito.

4. Sólo resta añadir que no corresponde expedirse respecto del criterio adoptado por los jueces de la causa para la determinación de la base regulatoria adoptada

para calcular los honorarios correspondientes a las instancias de grado, en tanto tal cuestión no ha sido motivo de agravio de la Procuración General de la CABA ante este Tribunal, lo que condiciona su competencia para expedirse al respecto.

Así lo voto.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Regular* en la suma de $ 30.000 (pesos treinta mil) los honorarios del abogado Ariel Rodolfo Trusso, con más el IVA, si correspondiere, por la labor que desarrolló en la etapa del recurso de inconstitucionalidad concedido.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y se devuelva a la Cámara remitente.

La jueza Ana María Conde no vota por estar en uso de licencia.

Fdo.: *Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás.*

LXIX

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'EXPRESO SINGER S.A. C/GCBA S/IMPUGNACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS'"

RECURSO DE QUEJA: Caso constitucional. Cuestiones de hecho y prueba. Interpretación de normas infraconstitucionales. Gravedad institucional. CLÁUSULA DE PROGRESO: Exención de tributos locales. SERVICIOS PÚBLICOS: Transporte interjurisdiccional. Fijación de la tarifa. Incidencia del impuesto sobre los ingresos brutos. RÉGIMEN FEDERAL DE COPARTICIPACIÓN: Obligaciones asumidas por las provincias.

SUMARIOS:

1. Debe rechazarse el recurso de queja que no alcanza a demostrar —con éxito— que las cuestiones, cuya dilucidación se solicitan, vayan más allá de la interpretación y valoración que los jueces de mérito efectuaron de los hechos, la prueba aportada y las normas infraconstitucionales que consideraron aplicables al caso. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

2. El recurso de queja interpuesto por la demandada cumple los requisitos formales previstos en el art. 33 LPTSJ, pero no puede prosperar ya que, a pesar de sus esfuerzos, no logra rebatir los fundamentos en que se basó la Cámara para no conceder el recurso de inconstitucionalidad, que son la inexistencia de caso

constitucional, de arbitrariedad en la sentencia recurrida, y de gravedad institucional. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. El recurso de queja no puede traducirse en una vía oblicua para exponer agravios que no involucren razones constitucionales, sino que es un remedio excepcional para que el TSJBA 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).*

4. El agravio referido a la gravedad institucional invocada no puede admitirse si no se demuestra de qué manera la decisión recaída en el caso incidiría sobre los intereses de la comunidad o sobre los principios institucionales básicos de la Constitución local. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. Si bien se ha reconocido al gobierno federal la facultad de eximir de tributos locales con sustento en la Cláusula del Progreso (hoy art. 75, inc. 18 de la C.N., donde se refiere a tal franquicia dándole el carácter de privilegio) a condición de que se lo haga por ley; temporariamente, esto es con carácter transitorio; propenda, por tal conducto, a alcanzar un objetivo de índole constitucional, y exista proporcionalidad entre el medio ampliado y el fin perseguido, calificada doctrina ha entendido desde antiguo, controvirtiendo la postura sostenida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que ello importa un agravio a la organización política federal. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

6. Si bien el *a quo* tuvo por acreditado que el Estado nacional fijó la tarifa del servicio público que prestaba la actora para los períodos controvertidos y que esa tarifa no era establecida en base a las estructuras de costos de las empresas prestatarias de ese servicio, lo cierto es que la actora no ha demostrado haber realizado acción alguna para que esa tarifa contemple, también, la incidencia del ISIB, como, por ejemplo, impugnar la resolución de la Secretaría de Transporte que dispuso la tarifa, es decir, no ha acreditado que el traslado del costo tributario local le haya sido denegado. *(Voto en disidencia del Sr. Luis F. Lozano).*

7. No puede encontrarse en las resoluciones administrativas emitidas por la Secretaría de Transporte para fijar la tarifa del servicio público, una fuente legítima para eximir del ISIB en la CABA, así como tampoco en ninguna otra jurisdicción local, puesto que, si el Congreso puede, en determinadas condiciones disponer tal exención, no le compete hacerlo, en cambio, al PEN, cuyas atribuciones ejerció el órgano del Estado nacional que aprobó la tarifa sin contemplar el costo tributario local de la actividad. *(Voto en disidencia del Sr. Luis F. Lozano).*

8. El Estado nacional puede, bajo circunstancias que respeten la igualdad y generalidad del tributo, y siempre que ello tenga por fin satisfacer un interés federal legítimo y prevaleciente, eximir de impuestos provinciales, pero no es el PEN el órgano al que incumbe disponer exención de esta especie sino al Congreso. *(Voto en disidencia del Sr. Luis F. Lozano).*

9. A través del art. 9º, inc. b de la Ley de Coparticipación, las jurisdicciones locales se han obligado a no gravar la misma capacidad contributiva que buscan captar los impuestos nacionales distribuidos por esa ley; obligación que no viola el

ISIB, siempre que se legisle de acuerdo a las pautas allí previstas. *(Voto en disidencia del Sr. Luis F. Lozano).*

10. La obligación que asumen las provincias, a través del art. 9º de la ley 23.548 es no gravar idéntica capacidad contributiva a la captada por una ley nacional tributaria, en cambio no asumen la obligación de someterse a las decisiones nacionales relativas a la fijación de tarifas de servicios públicos, y menos aún a las administrativas. *(Voto en disidencia del Sr. Luis F. Lozano).*

Expte. SACAyT n° 6664/09 - 21/4/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. En el expte. adm. n° 76.980/99, tramitó de oficio la verificación de la materia imponible y la determinación de las obligaciones fiscales de Expreso Singer S.A.T. en relación con el impuesto sobre los ingresos brutos por los períodos 1° a 12° de los años 1993, 1994, 1995, 1996 y 1° a 8° del año 1997.

La resol. 6545-DGRyEI-98 determinó la existencia de una deuda, por los períodos indicados arriba, por la suma de $ 297.173,90 con más sus intereses y fijó una multa por evasión equivalente al 100 % del impuesto.

La decisión aludida fue impugnada por Expreso Singer y confirmada por la autoridad administrativa (la resol. 637-SHyF-00 desestimó el recurso jerárquico deducido contra la resol. 2586-DGR-99, que —a su turno— rechazó el recurso de reconsideración interpuesto contra la resol. 6545-DGRyEI-98).

2. En las presentes actuaciones (expte. n° 6664), la sociedad actora solicitó que se dejase sin efecto la resol. 637-SHyF-00 que —como se dijo— confirmó, en último término, la determinación de la deuda y la imposición de la multa efectuada en expte. n° 76.980/99.

Expreso Singer señaló que la resolución indicada (n° 637) es nula de nulidad absoluta debido a la "…falta de examen razonado de los sucesivos planteos deducidos (…) ante la DGR y la SHyF del GCBA" (fs. 4), a la orfandad argumental que exhibe y a la omisión en la valoración de la prueba.

En cuanto al fondo de la cuestión debatida, sostuvo que la actividad que realiza (consistente en el transporte terrestre interjurisdiccional de pasajeros) presenta las condiciones que excluyen la aplicación del impuesto sobre los ingresos brutos de conformidad con la doctrina de *Fallos*, 308:2153.

Ellas son:

a) Las tarifas son reguladas por la autoridad nacional y no contemplan el gravamen local referido.

b) Las rentas de la empresa se encuentran sujetas al impuesto a las ganancias (tributo coparticipable).

Alegó que, por las razones señaladas, no incurrió en evasión.

En subsidio, requirió que se revisase la graduación de la sanción impuesta.

3. El GCBA solicitó el rechazo de la demanda (fs. 255/301 vta.).

Sostuvo que la actora no había cuestionado la constitucionalidad o legalidad del impuesto sobre los ingresos brutos, que ninguna norma la eximía de su pago, que los precedentes que aquella invocara en apoyo de su postura no eran aplicables al caso, que no se configuraba un supuesto de doble imposición, que nada impedía la traslación del tributo al sujeto pasivo, y que la obligación de pagar el impuesto sobre los ingresos brutos no resultaba confiscatoria.

4. El juez de primera instancia declaró la nulidad parcial de la resol. 637-SHyF-00 y de las restantes decisiones administrativas en las que se sustentó (fs. 709/718 vta.).

Estimó aplicable al caso el criterio que estableciera la CSJN en la causa "Transportes Automotores La Estrella S.A. c/Río Negro, Provincia de s/acción declarativa" (T.165.XXXIV) según el cual "…cuando el impuesto provincial no es trasladable por no estar contemplada su incidencia en el precio fijado mediante tarifa oficial, su determinación conduce a que sea inexorablemente soportado por el contribuyente, hipótesis en la cual el gravamen queda excluido de la previsión del art. 9°, inc. b, párrafo cuarto de la ley 20.221 (texto según ley 22.006, modificada por la ley 23.548), y encuadrado en el párrafo segundo del mismo artículo, en cuyo texto se plasmó el principio básico (…), que consiste en la prohibición de mantener o establecer impuestos locales sobre la materia imponible sujeta a imposición nacional coparticipable".

Consideró que se encontraban reunidos en autos los recaudos establecidos en dicho precedente y que permiten declarar la improcedencia de la pretensión fiscal del GCBA:

a) La actora —contribuyente del impuesto a las ganancias desde el año 1997— realizó en el período cuestionado los servicios denominados "públicos" (aunque también efectuó servicios de "tráfico libre" y "ejecutivos" que fueron incluidos en la determinación impugnada).

b) Las tarifas de los "servicios públicos" se hallaban fijadas por la autoridad nacional sin considerar en su costo el impuesto local a los ingresos brutos.

En cuanto a la multa impuesta en sede administrativa, el juez señaló que la actora no incurrió en evasión en relación con los "servicios públicos" que efectuara y que correspondía a la autoridad competente establecer si era pertinente sancionar a Expreso Singer por la parte que debía tributar (servicios de "tráfico libre" y "ejecutivos").

Las costas fueron impuestas en un 87 % a cargo de la demandada y en un 13 % a cargo de la actora.

5. El GCBA apeló la sentencia (fs. 723/724 vta.) y expresó agravios (fs. 723/724 vta. y fs. 743/753) en torno a la arbitrariedad de la sentencia, a la manifestación del

juez de grado en el sentido de que en los "servicios públicos" la tarifa era fijada por el Estado, a que los servicios que prestaba la accionante superaban los 50 km., a que el magistrado interviniente discriminó el impuesto según las distintas categorías de servicios, cuando la actividad era una sola: transporte de pasajeros, a inexistencia de un supuesto de doble imposición tributaria, a la distribución de las costas; y a la revocación de la multa.

Los agravios fueron contestados por la contraria (fs. 755/758).

6. La Sala I de la Cámara CAyT rechazó el recurso de apelación interpuesto (fs. 765/771) con fundamentos similares a los que expusiera el juez de primera instancia.

Además, formuló las siguientes consideraciones:

Del hecho de que la actora operaba en recorridos mayores a 50 km no se seguía —como pretendía la Ciudad— que sólo prestaba "servicios de tráfico libre". Según la Cámara, esa circunstancia demostraba que operaba, también, "servicios públicos" de transporte de pasajeros, que era la condición —según los informes producidos en la causa— para el otorgamiento de aquéllos.

De las probanzas de autos surgía claramente que las tarifas del servicio público de transporte de pasajeros estaban reguladas por el Estado nacional, que dichas tarifas eran obligatorias para las empresas operadoras y que, en ellas, no se encontraba incluido el impuesto sobre los ingresos brutos.

Que la adhesión de la Ciudad de Buenos Aires a la Ley de Coparticipación Federal —mediante la ley 4—, significó una autolimitación a su potestad de gravar materia imponible sujeta a imposición nacional coparticipable.

En virtud de ello y atento a que la actora era contribuyente del impuesto a las ganancias —que era coparticipable— concluyó que la Ciudad de Buenos Aires no podía gravar la actividad de Expreso Singer con el impuesto sobre los ingresos brutos.

Subrayó, por fin, que el incumplimiento con el pago del Impuesto a las Ganancias no legitimaba a la Ciudad para exigir el pago del gravamen sobre ingresos brutos pues se trataba —entre otras cuestiones— de regímenes jurídicos diversos y autoridades de aplicación diferentes.

Asimismo, confirmó la revocación de la multa e impuso las costas de la instancia al GCBA.

7. El GCBA dedujo el recurso de inconstitucionalidad de fs. 777/804 (contestado a fs. 808/812) con apoyo en los agravios que siguen: *a)* afectación del principio de división de poderes (art. 1º de la C.N.), *b)* vulneración del principio de legalidad (art. 19 de la C.N.) y de legalidad tributaria (art. 51 segundo párrafo de la CCBA), *c)* lesión al principio de igualdad ante la ley —igualdad frente a las cargas públicas— (art. 16 de la C.N.), *d)* vulneración del derecho de propiedad (art. 17 de la C.N.), *e)* afectación del régimen rentístico de la Ciudad (art. 9º de la CCBA), *f)* lesión de la defensa en juicio (art. 18 de la C.N.), *g)* vulneración de la autonomía

de la CABA (art. 129 de la CCBA), *h)* gravedad institucional e, *i)* arbitrariedad de la sentencia.

8. La Sala I no concedió el recurso de inconstitucionalidad en el entendimiento de que las discrepancias del GCBA giraron en torno a la interpretación de normas infraconstitucionales y a la valoración de hechos y prueba.

Consideró, además, que el recurrente invocó "…muy genéricamente…" la violación de normas constitucionales y que no alcanzó a demostrar que la sentencia en crisis fuese arbitraria o configurase un supuesto de gravedad institucional.

9. El GCBA recurrió en queja (fs. 41/57 del expte. n° 6664).

10. El fiscal general adjunto propició el rechazo de la presentación directa (fs. 65/67 del expte. n° 6664).

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La queja que dedujera oportunamente el GCBA debe ser rechazada.

2. La Sala l de la Cámara CAyT no concedió el recurso de inconstitucionalidad por las siguientes razones:

a) "…el recurrente cuestiona una sentencia (…) invocando, muy genéricamente, la violación de normas constitucionales (….) [y] no fundamenta con la claridad y precisión debidas…" (fs. 10 vta. del expte. n° 6664).

b) "…los restantes agravios referidos a la valoración de las circunstancias del caso realizada durante la tramitación de la causa y a los problemas vinculados con la interpretación de las reglas aplicables (…), tienden a controvertir el fundamento jurídico de derecho infraconstitucional contenido en la sentencia recurrida (v. gr. la ordenanza tarifaria de esta Ciudad T. O. 1994 o la ley nacional 23.584) sin incluir razones de índole constitucional…" (fs. 10 vta. del expte. n° 6664).

c) "…de la lectura del escrito se desprenden objeciones con respecto a cuestiones de hecho y prueba, aspectos que son ajenos al ámbito del recurso extraordinario de inconstitucionalidad" (fs. 10 vta. del expte. n° 6664).

d) "…la sentencia no puede ser descalificada como dogmática, carente de lógica o de insuficiente fundamentación jurídica" (fs. 11 del expte. n° 6664).

e) La alegación de gravedad institucional es improcedente.

3. La presentación directa no cumple la carga de fundamentación prescripta por el art. 33 de la ley 402 toda vez que no rebate los fundamentos de la resolución impugnada.

El quejoso no alcanza a demostrar —con éxito— que las cuestiones, cuya dilucidación solicita, vayan más allá de la interpretación y valoración que los jueces de mérito efectuaron de los hechos, la prueba aportada y las normas infraconstitucionales que consideraron aplicables al caso.

Es evidente, entonces, por los argumentos expuestos que la solución de la causa no involucra reglas ni principios constitucionales.

Cabe concluir, por tanto, que el recurrente no satisface la carga procesal consistente en realizar una critica concreta y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. TSJBA *in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis, —causa 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001.

En síntesis, la presentación carece de fundamento mínimo que la sustente (*Fallos* 290:391; 293:166; 302:502; 304:332; 307:723; 307:723; 308: 2263; 311: 2338).

4. Voto, pues, por rechazar la queja que interpusiera el GCBA a fs. 41/57.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por la demandada cumple los requisitos formales previstos en el art. 33 LPTSJ, pero no puede prosperar ya que, a pesar de sus esfuerzos, no logra rebatir los fundamentos en que se basó la Cámara para no conceder el recurso de inconstitucionalidad: la inexistencia de caso constitucional, de arbitrariedad en la sentencia recurrida, y de gravedad institucional.

2. El recurso de inconstitucionalidad, y la queja, versan sobre la interpretación y aplicación de normas infraconstitucionales (v. gr. la ordenanza tarifaria de la Ciudad de Buenos Aires, y las leyes nacionales 20.221 y 23.548), ajenas a la competencia de este TSJBA por vía del recurso intentado.

Más allá de las diversas citas a garantías constitucionales que el impugnante entiende vulneradas, lo cierto es que en ninguna de las dos ocasiones se ha logrado exponer fundadamente un caso constitucional, conforme lo establece el art. 27 de la ley 402. Tiene dicho este TSJBA que "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", expte. nº 131/99, sentencia del 23/2/2000).

3. En cuanto a la arbitrariedad de la sentencia impugnada, si bien es preciso destacar que la arbitrariedad no es una causal expresamente reconocida en la ley 402, la mayoría del TSJBA 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 TSJBA 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, 2002, segunda edición actualizada, 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.

La Cámara motivó su sentencia en las constancias de la causa, y las pruebas producidas, y por ello se trata de un pronunciamiento serio contra el cual el recurrente solo se limitó a manifestar su disconformidad, sin lograr plantear un caso constitucional.

4. En cuanto a la gravedad institucional invocada, la demandada no ha demostrado de qué manera la decisión recaída en el caso incidiría sobre los intereses de la comunidad o sobre los principios institucionales básicos de la Constitución local (*Fallos*, 324:533, 833; 326:2126 y 4240), lo que impide su favorable acogida.

El GCBA no ha demostrado de qué manera las actividades gubernamentales se verían afectadas por el no cobro de los tributos de autos.

5. Por último, la alegada lesión a la división de poderes, el 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, que: "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).

6. En mérito a lo anteriormente expuesto, voto por rechazar la queja interpuesta por el GCBA.

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero a los fundamentos vertidos en el voto de mi colega la doctora Ana María Conde y, consiguientemente, propicio el rechazo de la queja incoada por el GCBA.

Debo añadir que las conclusiones a que se arriba en la sentencia de mérito parten de la ponderación de extremos de hecho y prueba propios de los jueces de

la causa y, por regla general, irrevisables por este estrado, haciendo aplicación de una línea jurisprudencial hoy consolidada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que se inicia *in re* "Aerolíneas Argentinas Sociedad del Estado v. Provincia de Buenos Aires", *Fallos*, 308:2153, sentencia del 13/11/1986, con las matizaciones añadidas en "Vía Bariloche S.R.L. v. Provincia de Misiones", *Fallos*, 327:5147, sentencia del 16/11/2004.

De todos modos, no quiero dejar de expresar mi reserva frente a la doctrina judicial del Alto Tribunal que, partiendo del concepto de Estado *lato sensu*, genera un perjuicio recaudatorio de los fiscos locales en materia de impuesto a los ingresos brutos ante una omisión reiterada y sistemática de la Secretaría de Transporte de la Nación de incluir en el costo de la tarifa la incidencia de la tributación del gravamen, que debiera trasladarse por constituir un impuesto genérico al consumo, a lo que bien podría sumarse la negligencia de las empresas transportistas de desplegar todos los medios a su alcance para lograr la corrección de la apuntada anomalía.

Soy consciente que la actitud contumaz de la Secretaría de Transportes de la Nación que no se ha hecho cargo del punto de inflexión jurisprudencial que representó la sentencia del 31/5/1984, recaída en la causa: "Transportes Vidal S.A. v. Provincia de Mendoza", *Fallos*, 306:516 —en donde se entendió que la Cláusula Comercial, prevista en el actual inc. 13 del art. 75 de la C.N., no vedaba, como regla general, cualquier tributo local sobre actividades interjurisdiccionales—, pudo haber sido subsanada si se hubiera integrado al litisconsorcio pasivo al Estado nacional, en el entendimiento de que los actos u omisiones administrativas no computando la incidencia del gravamen importaban recrear una dispensa o exención *de facto* a favor de los transportistas interjurisdiccionales de personas —con fuerte impacto de merma recaudatoria para la Ciudad, ya que en materia de servicio público de transporte colectivo de personas, por las limitadas dimensiones físicas del ejido porteño, resulta poco gravitante la actividad intrajurisdiccional en la especie—. Al respecto debe tenerse presente que eximir, igual que gravar, importan el ejercicio de la potestad tributaria normativa. A su vez, por regla, sólo el sujeto público impositor que puede crear el gravamen es el único que puede dispensarlo, y que si bien se ha reconocido al gobierno federal la facultad de eximir de tributos locales con sustento en la Cláusula del Progreso (hoy art. 75, inc. 18 de la C.N., donde se refiere a tal franquicia dándole el carácter de privilegio) a condición de que: se lo haga por ley; temporariamente, esto es con carácter transitorio; propenda, por tal conducto, a alcanzar un objetivo de índole constitucional, y exista proporcionalidad entre el medio ampliado y el fin perseguido, calificada doctrina ha entendido desde antiguo, controvirtiendo la postura sostenida por el Tribunal cimero, que ello importa un agravio a la organización política federal (conf. las tesis doctorales de Juan Álvarez: El Gobierno nacional no puede exonerar del pago de impuestos provinciales a las empresas industriales o comerciales, y de Carlos M. Coll: Facultad de la Nación para exonerar impuestos provinciales a empresas industriales y comerciales, ambas

defendidas en 1898 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (conf. en la Biblioteca de la referida unidad académica); así como la opinión del tratadista Carlos M. Giuliani Fonrouge, en su ensayo: "Facultad de las Comunas para aplicar gravámenes a las empresas ferroviarias", aparecido en Estudios del Centro de Investigación Permanente de Derecho Financiero, tomo ii, Año 1939, pp. 535 y ss., Sección Publicaciones del Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 1939).

A mayor abundamiento, resulta contradictorio invocar la Ley de Coparticipación para descalificar la aplicación del impuesto sobre los ingresos brutos al transporte interjurisdiccional como se hace en la presente causa, cuando desde la habilitación de dicho gravamen excluyéndolo de la analogía con cualquier otro nacional integrante de la masa distribuible, esto es con la sanción de la ley 22.006 el 24 de mayo de 1979, se establecieron los perfiles a que debía ajustarse el gravamen y, explícitamente, al reformarse la ley 20.221 (de 1973, que conformaba el régimen de coparticipación) se incluyó un precepto que quedó radicado en el art. 9º, inc. b), relativo a las características básicas del gravamen que aquí considero, donde se dispuso que "en materia de transporte interjurisdiccional la imposición se efectuará en la forma prevista en el Convenio Multilateral a que se refiere el inc. d)", esto es al Convenio Multilateral para Evitar la Doble o Múltiple imposición en el impuesto sobre los ingresos brutos del 18 de agosto de 1977.

Demás está decir que idéntico precepto podemos encontrarlo en el art. 9º, inc. b), apart. i, de la ley 23.548, que instituyó el Régimen Transitorio de Distribución de Recursos Fiscales entre la Nación y las provincias —actual Ley de Coparticipación— y entró a regir a partir del 1º de enero de 1988 hallándose vigente al día de la fecha como consecuencia de su prórroga automática por no haberse sancionado otro sustitutivo de aquél (conf. art. 15).

Las razones consignadas en el punto anterior no alcanzan a alterar el sentido de mi pronunciamiento por cuanto me hago cargo del temperamento sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* "Cerámica San Lorenzo" (*Fallos*, 307:1094, sentencia del 4/7/1985), en virtud del cual los jueces deben conformar sus sentencias a los precedentes emanados del Tribunal cimero so pena de que ellas sean pasibles de descalificación como actos jurisdiccionales válidos; más aún cuando, sobre el punto, a lo largo de más de dos décadas, en una suerte de *corsi e ricorsi* se han agotado los argumentos que puedan brindarse en uno u otro sentido (véase también sobre el punto: "Yacimientos Petrolíferos Fiscales c/Municipalidad de Banda del Río Salí", Registro del Alto Tribunal, letra "Y", nº 35, libro xxii—, sentencia del 29/11/1994; y "Cooperativa de Trabajo Transportes Automotores de Cuyo T.A.C. Limitada v. Provincia de Mendoza", *Fallos*, 321:2501, sentencia del 8/9/1998).

En definitiva, más allá de las reflexiones realizadas en el punto 3 de mi fundamentación que dejan a salvo mi opinión al respecto, me pronuncio por el rechazo de la queja.

Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad ha sido mal denegado. Como indica en su queja el GCBA (véase fs. 779/783vta.), la cuestión constitucional (conf. art. 113, inc. 3º, de la CCBA) consiste en la declaración de invalidez, implícita, de los arts. 82, y concordantes, de la ordenanza 40.731, t.o. 1986-1994 y 94, y concordantes, de esa misma ordenanza t.o. 1994-1997, vigentes durante los años sujetos a determinación, que gravaban con el impuesto sobre los ingresos brutos (en adelante "ISIB") la actividad que realiza la actora, transporte de pasajeros terrestre interjurisdiccional de media y larga distancia.

La Cámara confirmó la declaración de nulidad parcial de la resol. 6545-DGREI-98 (y sus confirmatorias, las resols. 2586-DGR-99 y 637-SHyF-00) en cuanto determinó de oficio, sobre base presunta, la base imponible y el impuesto que debía pagar la actora por su actividad de transporte de pasajeros, realizada bajo la modalidad "servicio público" (conf. el art. 3º y concordantes del dec. nac. 958/92), para todos los anticipos mensuales correspondientes a los períodos fiscales 1993 a 1996 y los anticipos 1º a 8º del período 1997 e impuso una multa por evasión fiscal. Con relación a esa sanción, aclaró que correspondía dejarla sin efecto y que correspondía al órgano competente valorar la pertinencia de sancionar al contribuyente, a la luz de lo resuelto. Para así resolver, sostuvo que la actora estuvo imposibilitada de trasladar a los consumidores la incidencia del ISIB, porque el Estado nacional fijó las tarifas que debía cobrar por la actividad mencionada *supra*, sin contemplar la incidencia del ISIB. Esa circunstancia llevó al *a quo* a concluir que esa gabela gravaba, en los hechos, la misma manifestación de capacidad contributiva que busca captar el impuesto a las ganancias (en adelante "IG"), lo que pondría al impuesto local en infracción a lo previsto en el art. 9º, inc. b, de la Ley de Coparticipación Federal (ley nacional 23.548), en cuanto establece que las jurisdicciones que adhieran a ese régimen "…se obligan a no aplicar por sí y a que los organismos administrativos y municipales de su jurisdicción, sean o no autárquicos, no apliquen gravámenes locales análogos a los nacionales distribuidos por esta ley…". La Cámara, en apoyo a su postura, remitió a lo dicho por el magistrado de grado con relación a precedentes de *Fallos*, 308:2153; 327:5147 de la CSJN que entendió trataron una cuestión análoga a la que acá nos ocupa (véanse puntos 4 y 6 de los "resulta").

Del relato que antecede, surge, en forma palmaria, que el *a quo* decidió no aplicar las normas locales a las que me referí más arriba porque, en el contexto descripto, entendió que ellas resultaban violatorias de lo dispuesto en la ley 23.548.

2. La conclusión a la que arribó la Cámara, tal como ella indica, resulta coincidente con lo resuelto por la CSJN, entre otros, en *Fallos*, 328:4198 y sus citas. En esas causas, la Corte frente a extremos de hecho como los que tuvo aquí por acreditados la Cámara —*i)* que la actividad de transporte interjurisdiccional de personas que realiza el contribuyente, autorizada mediante Resolución del Subsecretario de Transportes de la Nación, está organizada por la ley nacional 12.346, y su dec. regl. 958/92, bajo el régimen de servicio público; *ii)* que las tarifas que cobra por esa

actividad son fijadas por la Secretaría de Transporte del Ministerio de Economía y Obras Públicas de la Nación (conf. las previsiones de la ley y el decreto citados), sin contemplar el ISIB entre sus costos; y *iii)* que la empresa actora es contribuyente, en el orden nacional, del IG— sostuvo que no era válida la pretensión fiscal local por resultar, en esas condiciones, el cobro del ISIB violatorio de lo dispuesto en el art. 9º, inc. b, de la Ley de Coparticipación.

Por los motivos que desarrollaré a continuación, no comparto las conclusiones a las que arriba la sentencia de Cámara. Primordialmente, porque no veo acreditada en estas actuaciones la imposibilidad de ver reconocido el costo del ISIB en la tarifa, esto es, no veo acreditado el supuesto que tornaría inválido el impuesto a la luz de los precedentes invocados. Asimismo, porque encuentro razones para no compartir la doctrina sentada en dichos fallos de la CSJN. Desde luego, no pretendo con ello desconocer el valor de la doctrina sentada por la CSJN en sus precedentes, pero, pienso que la situación materia de este litigio presenta características que justifican abordarla desde una perspectiva distinta a la de los precedentes de *Fallos*, 328:4198, entre otros, citado por los jueces de mérito.

3. Primeramente, corresponde señalar que la actora no ha acreditado que exista una ley de la Nación que la exima del ISIB. Tampoco que el régimen de servicio público al que está sujeta su actividad contenga impedimento alguno para contemplarlo entre los costos que la tarifa debe solventar; ni que hubiera agotado los esfuerzos para obtener, de la administración nacional, el reconocimiento de dicho costo. En este orden de ideas, si bien el *a quo* tuvo por acreditado que el Estado nacional fijó la tarifa del servicio público que prestaba la actora para los períodos aquí controvertidos y que esa tarifa no era establecida en base a las estructuras de costos de las empresas prestatarias de ese servicio (conf. fs. 769), lo cierto es que la actora no ha demostrado haber realizado acción alguna para que esa tarifa contemple, también, la incidencia del ISIB, como, por ejemplo, impugnar la resolución de la Secretaría de Transporte que dispuso la tarifa. En otras palabras, no ha acreditado que el traslado del costo tributario local le haya sido denegado. Esa inacción frente al sistema tarifario descripto por el *a quo* parece haber descansado en la creencia de que la Ciudad no podría reclamar el cobro de ese tributo en esas condiciones. El obrar que puede estimarse razonable de una empresa que presta un servicio cuya tarifa, fijada por un tercero, no contempla la totalidad de los gastos que debe afrontar para llevarla a adelante es la de tratar, por todos los medios a su alcance, que se incorporen en ella los gastos no previstos. En autos, la actora no alega haber realizado gestión alguna tendente a ese fin.

A su vez, a ello cabe agregar que no puede en las resoluciones administrativas invocadas por la actora, esto es, aquellas emitidas por la Secretaría de Transporte para fijar la mencionada tarifa, una fuente legítima para eximir del ISIB en la CABA, así como tampoco en ninguna otra jurisdicción local, puesto que, si el Congreso puede, en determinadas condiciones disponer tal exención, no le compete hacerlo, en cambio, al PEN, cuyas atribuciones ejerció el órgano del Estado nacional que aprobó la tarifa sin contemplar el costo tributario local de la actividad.

4. A esta altura de la exposición, conviene tener presente que el impedimento que surge del art. 9º, inc. b, de la Ley de Coparticipación contempla la superposición entre el supuesto captado como hecho imponible por la ley nacional y la local (cuestión a la que me referiré con mayor profundidad en los puntos que desarrollaré a continuación de este). El caso que nos ocupa tiene un ingrediente más: el acto o norma —ya dije que no está demostrado que existan, pero, lo asumo para completar el análisis— que veda trasladar el ISIB. Este hipotético acto o norma no tiene alcance general, como sí lo tienen ambas clases de leyes contempladas en el citado art. 9º. Por el contrario, constituye una medida que pone a quien contrata el servicio de transporte al abrigo del poder tributario local. Bastaría que cesara de ser un servicio público o que la autoridad que lo organiza permitiera incluir el costo tributario local en la tarifa para que el ISIB fuese incontrovertiblemente aplicable.

En tales condiciones, la medida hipotética sub análisis constituiría una exención del ISIB. Ciertamente el Estado nacional puede, bajo circunstancias que respeten la igualdad y generalidad del tributo, y siempre que ello tenga por fin satisfacer un interés federal legítimo y prevaleciente, eximir de impuestos provinciales. Pero, no es el PEN el órgano al que incumbe disponer exención de esta especie sino al Congreso. En nuestro caso, no hay invocación de ley nacional que tenga este alcance, por lo que se hace innecesario avanzar en el examen de los requisitos para hacerla válida. Pero, la tesis adoptada por el *a quo* para resolver en la forma que lo hizo arroja como resultado que la actora, en infracción a lo expuesto, goce de una exención de carácter subjetivo en el ISIB por intermedio de una medida administrativa. Subrayo que se trataría de una exención subjetiva porque no es la actividad, transporte interjurisdiccional de personas, la que quedaría desgravada del ISIB, sino la persona de la actora por prestar ese servicio a una tarifa autorizada mediante un acto administrativo de alcance particular y que no contempla la incidencia de ese tributo.

Esa consecuencia no deseada por el constituyente nacional, esto es, la interferencia del Poder Ejecutivo Nacional en la recaudación tributaria que hacen las jurisdicciones locales de sus gravámenes, tampoco es una que surja del texto del citado art. 9º, inc. b, de la ley de coparticipación federal.

5. Vuelvo al análisis de la ley 23.548. Su art. 9º establece, en lo que ahora importa, que:

La adhesión de cada provincia se efectuará mediante una ley que disponga: (…)

b) Que se obliga a no aplicar por sí y a que los organismos administrativos y municipales de su jurisdicción, sean o no autárquicos, no apliquen gravámenes locales análogos a los nacionales distribuidos por esta Ley.

En cumplimiento de esta obligación no se gravarán por vía de impuestos, tasas, contribuciones u otros tributos, cualquiera fuere su característica o denominación, las materias imponibles sujetas a los impuestos nacionales distribuidos ni las materias primas utilizadas en la elaboración de productos sujetos a los tributos a que

se refiere esta ley, esta obligación no alcanza a las tasas retributivas de servicios efectivamente prestados, salvo lo dispuesto en el párrafo siguiente.

Las actividades, bienes y elementos vinculados a la producción, comercialización, almacenamiento, transporte, circulación, venta, expendio o consumo de los bienes sujetos a impuestos internos específicos a los consumos y las materias primas o productos utilizados en su elaboración, tampoco se gravarán con una imposición proporcionalmente mayor —cualquiera fuere su característica o denominación— que la aplicada a actividades, bienes y elementos vinculados con bienes y servicios análogos o similares y no sujetos a impuestos internos específicos a los consumos. El expendió al por menor de vinos y bebidas alcohólicas podrá, no obstante, ser objeto de una imposición diferencial en jurisdicciones locales. *De la obligación a que se refieren los dos primeros párrafos de este inciso se excluyen expresamente los impuestos provinciales sobre* la propiedad inmobiliaria, sobre *los ingresos brutos*, sobre la propiedad, radicación, circulación o transferencia de automotores, de sellos y transmisión gratuita de bienes, y los impuestos o tasas provinciales y/o municipales vigentes al 31/12/1984 que tuvieran afectación a obras y/o inversiones, provinciales o municipales dispuestas en las normas de creación del gravamen, de conformidad con lo establecido en los apartados siguientes…[2].

Como dije, los jueces de mérito consideraron violatorio de la obligación prevista en los dos primeros párrafos del texto transcripto que el GCBA gravara a Expreso Singer con un impuesto que la empresa no podría trasladar a los usuarios del servicio en razón de que el Poder Ejecutivo Nacional, a través del Ministerio de Economía y Obras Públicas - Secretaría de Transporte (resols. 1198/92; 877/93 y 1008/94), fijó la tarifa que debía cobrar por esa actividad, sin prever en ella, tal como se señaló más arriba, los montos correspondiente al mencionado tributo.

Según se puede observar, ese razonamiento no parte de afirmar que fue la Ciudad quien, en contra de lo dispuesto en los párrafos transcriptos, decidió legislar un tributo que buscase captar la misma capacidad contributiva que grava el IG. Tampoco la confrontación entre la ley nacional de IG y la local del ISIB muestra que ambas coincidan en gravar un mismo hecho o una misma capacidad contributiva. De hecho, el tributo cuya legitimidad se viene controvirtiendo, el ISIB, es uno de aquellos que el art. 9º, inc. b, de la ley 23.548, expresamente, señala como compatible con el cumplimiento de la obligación indicada en los dos primeros párrafos del citado inciso (conf. el texto destacado de la cita que antecede). Ello siempre que sea legislado de acuerdo a las pautas que se indican a continuación del párrafo al que me vengo refiriendo; pautas que, por lo demás, en el caso no se ha invocado que el legislador local haya incumplido. Puesto en otros términos, la situación denunciada por la actora reviste algún grado de analogía con aquella otra en la que un contribuyente del ISIB (quien también lo es, en el orden nacional, del IG) denuncia que, dados los vaivenes del mercado, no ha podido trasladar ese

[2] El destacado me pertenece.

gravamen a los precios finales viéndose reducida notoriamente sus ganancias. Ni la situación del contribuyente del ejemplo ni la de la sociedad actora permiten concluir que el legislador local ha incumplido con la obligación convenida en el mencionado art. 9º, inc. b, de la ley 23.548. En coincidencia con lo dicho, la Comisión Federal de Impuestos (en adelante, "CFI") no hizo lugar a una presentación de un contribuyente cuya finalidad era obtener la declaración de la Comisión de que las leyes cordobesas, en cuanto no le permitían deducir de la base del ISIB ciertos gastos (el pago de comisiones) que afrontaba para realizar su actividad, resultaban violatorias del mencionado art. 9º, inc. b. En particular, el contribuyente sostenía que, por la forma en que se encontraba instrumentada su operativa, le resultaba imposible trasladar la incidencia del tributo al consumidor final. Frente a ese planteo, la CFI sostuvo, entre otros, para resolver en la forma indicada, que "…el impuesto sobre los ingresos brutos no puede tener en cuenta la forma de comercialización que haya elegido la empresa…" (conf. resol. 369, del 25/4/2007); es decir, que la imposibilidad de trasladar el impuesto no lo liberaba de su deber de abonarlo.

No vengo con ello a sostener que los contribuyentes que se encuentren en las condiciones señaladas frente a una pretensión de cobro del gravamen al que me vengo refiriendo no puedan invocar las garantías constitucionales que estimen les asisten a fin de resistirse al pago de la obligación que se les reclama, sino, simplemente, que esas circunstancias no muestran, por sí solas, un incumplimiento por parte de la Ciudad a la obligación prevista en el art. 9º, inc. b, de la Ley de Coparticipación.

En suma, y en el que acá importa, mediante el tantas veces mencionado art. 9º, inc. b de la Ley de Coparticipación, las jurisdicciones locales se han obligado a no gravar la misma capacidad contributiva que buscan captar los impuestos nacionales distribuidos por esa ley; obligación que, expresamente, se indicó no viola el ISIB, siempre que se legisle de acuerdo a las pautas allí previstas. En esa condiciones, si la actora pretendía invocar que la CABA incumplió con esa obligación debió demostrar que legisló un tributo distinto a los que expresamente se indica en ese artículo no violan la mencionada obligación que busca gravar el mismo hecho imponible que alguno de los nacionales mencionados o que legisló alguna de las gabelas ahí reseñadas sin observar las pautas allí indicadas. Pero, ninguna de esas situaciones, tal como quedó expuesto más arriba, se han invocado en la presente causa.

6. Como corolario de lo dicho hasta acá con relación al art. 9º de la ley 23.548, cabe señalar que la obligación que asumen las provincias es no gravar idéntica capacidad contributiva a la captada por una ley nacional tributaria. No asumen, en cambio, la obligación de someterse a las decisiones nacionales relativas a la fijación de tarifas de servicios públicos. Menos aún a las administrativas. De manera tal que no es del mencionado art. 9º, inc. b del que cabe extraer la voluntad local de someterse a la voluntad de la Nación. Cierto es que, desde el precedente de la Corte Suprema de los Estados Unidos "Mc. Culloch v. Maryland" (17 U.S. 316 de 1819) y su reconocimiento por nuestra Corte Suprema, la Nación (conf. *Fallos*, 172:21; 313:1513; 316:2624; entre muchos otros) puede poner ciertas situaciones de

interés federal al abrigo de los poderes tributarios locales, pero, ni esto es algo que pueda hacerse sin cumplir ciertos recaudos que no son aquí manifiestos, ni tampoco por medio de un acto de rango inferior a una ley del Congreso. Las provincias no pueden transar sin más acerca del ejercicio de sus poderes tributarios, porque ellos consisten en facultades consagradas en la C.N. y en la constitución de su propia jurisdicción, normas ambas fuera del alcance de lo disponible para los poderes constituidos locales. No estoy sosteniendo que les resulte imposible celebrar un acuerdo interjurisdiccional a este respecto, de hecho la ley 23.548 junto con las adhesiones locales pone en juego poderes de esta especie, sino que no puede presumirse tal disposición ni fundarla en una interpretación analógica o extensiva, menos aún una construcción. Con esta perspectiva se debe abordar la interpretación del referido art. 9º inc. b. A su vez, no es dudoso que no cabe afirmar que exista alguna voluntad local de extender lo previsto en el citado art. 9º a situaciones en que el efecto no querido no proviene ya de la estructura de dos leyes tributarias generales de fuente distinta sino de una decisión relativa a un servicio público, cosa que ha sido ajena al compromiso del art. 9º y sólo puede reconocer validez si satisface los recaudos de las exenciones nacionales a la tributación local.

7. Lo antedicho da cuenta de la falta de relación directa que existe entre la cuestión aquí debatida y el art. 9º, inc. b, segundo párrafo de la Ley de Coparticipación invocada, circunstancia que lleva, a su vez, a que no resulte necesario verter opinión acerca del carácter que reviste esa ley.

8. Por lo demás, vale la pena agregar que no se viene discutiendo la alícuota con la que la CABA pretende gravar los servicios interjurisdiccionales que presta la actora, por resultar distinta de la que aplica a las empresas que prestan el mismo servicio, pero en forma interurbana. Es decir, en el caso, no se ha plateado que la Ciudad haya entorpecido el comercio interjurisdiccional o la libre circulación de personas o mercaderías por la vía de establecer una alícuota en el ISIB más gravosa para el transporte interjurisdiccional que la prevista para el transporte interno o, como podría mencionarse a modo de ejemplo, no se ha denunciado en el caso la existencia de una situación como la que la CSJN entendió se presentaba en la causa "El Bagual" (*Fallos*, 316:1962).

9. Lo dicho hasta ahora, lleva a descalificar la solución dispuesta por la sentencia de fs. 765/771 en cuanto resolvió declarar la nulidad parcial de la resol. 6545-DGREI-98 y sus confirmatorias, descriptas en el punto 1, por evasión fiscal con apoyo en la Ley de Coparticipación federal y en la jurisprudencia que la ha aplicado a hechos similares a los aquí denunciados.

10. Sin perjuicio de ello, corresponde devolver la causa a los jueces de mérito para que se expidan con relación a los planteos que formuló la actora dirigidos a mostrar que el tributo que la CABA determinó de oficio con relación a la actividad en cuestión resulta confiscatorio. Ello así, porque el tratamiento de ese planteo re-

mite al análisis de cuestiones de hecho y prueba (v. gr. peritajes, balances, estados contables), materia que resulta ajena a la competencia revisora de este Tribunal.

11. La solución que propicio no impide que los jueces de la causa continúen a cargo de ella, toda vez que su fallo, como indiqué, no los ha llevado a verter opinión acerca de los puntos que el pronunciamiento que entiendo corresponde dejaría abiertos. Ello no implica emitir opinión sobre los reparos que eventualmente podrían formular las partes al tiempo en que las actuaciones queden bajo la competencia de los jueces que habrán de conocer.

Por ello, habiendo dictaminado el fiscal general adjunto, voto por: *i)* hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad; *ii)* revocar la sentencia de Cámara; y *iii)* devolver la causa para que los mismos jueces se expidan con relación a los planteos de confiscatoriedad. Costas a la vencida.

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 devuelva el principal con esta queja.

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

LXX

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'MEDINA, MARÍA ELENA C/GCBA S/EMPLEO PÚBLICO (NO CESANTÍA NI EXONERACIÓN)'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional. Interpretación de normas infraconstitucionales. SUPLEMENTOS SALARIALES: Carácter remunerativo. EMPLEO PÚBLICO: Reglamentación. Cuestiones de oportunidad mérito o conveniencia. Principio de división de poderes. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. Más allá del acierto o error de lo decidido, los planteos propuestos ante este estrado remiten a la consideración de cuestiones propias de los jueces de la causa y, por ende, no resultan revisables por este Tribunal, al menos por la vía intentada

por la recurrente que optó por el recurso de inconstitucionalidad desechando la apelación ordinaria. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. 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, sin que el GCBA haya logrado demostrar que su razonamiento sea insostenible. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. Al margen de expresar su desacuerdo, el gobierno recurrente no acredita que la inteligencia asignada a los preceptos en juego exceda la que pueden formular los jueces de la causa, ni que hacer reposar la generalidad del suplemento en el hecho de ser percibido por todos los que cumplen funciones de conducción —aunque no por todo empleado del GCBA— sea contradictorio con las previsiones legales que regulan la composición del salario de los empleados públicos. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. No parece razonable sostener que el goce de un suplemento por conducción fijado en el ámbito de la Administración para determinados agentes que, además, se encuentra condicionado por el efectivo cumplimiento de ciertas funciones por parte de ese grupo, deba ser liquidado con carácter remunerativo por revestir características de habitualidad y generalidad. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

5. La percepción del suplemento por conducción durante muchos años no autoriza a colegir, al menos automáticamente, una naturaleza del adicional distinta de aquella considerada por el GCBA en ejercicio de atribuciones que le son propias, sino que únicamente permite concluir que ello se ha debido a que, durante igual plazo, la accionante ha cumplido con los diversos requisitos exigidos por el dec. 861/93. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

6. No se ha acreditado que el desempeño efectivo de funciones ejecutivas que trae aparejado el goce del suplemento por conducción implementado por el dec. 861/93, una vez adquirido, se encuentre tutelado por algún tipo de estabilidad, si se tiene en cuenta que el art. 3º del apuntado reglamento establece que a partir del primer día del mes siguiente al que los agentes comprendidos en su art. 1º dejaran de tener personal a su cargo, cesa la percepción del suplemento (conf. en sentido concordante, art. 36 *in fine*, ley 471). (*Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

7. No reviste carácter remunerativo el suplemento por conducción implementado por el dec. 861/93. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

8. La reglamentación de la relación de empleo público constituye una atribución propia de los poderes legislativo y ejecutivo —en sus respectivas esferas de competencia—, autoridades que tienen reconocido cierto margen de discrecionalidad para fijar sus políticas en la materia, comprensiva del establecimiento de adicionales, suplementos y bonificaciones, a partir de la valoración no sólo del bloque de legalidad que condiciona su actuación, sino de circunstancias de oportunidad, mérito y conveniencia, aspecto este último que el Poder Judicial no puede evaluar sin violentar el principio de división de poderes, consagrado en la Constitución. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

En su voto la señora jueza Ana María Conde remite a sus fundamentos vertidos en el 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)'", sentencia del 11/2/2009, cuyos sumarios se reproducen a continuación:

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

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).*

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 TSJBA 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).*

Expte. SACAyT nº 6734/09 - 21/4/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. María Elena Medina promovió demanda contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) tendiente a que: *a)* se declare la inconstitucionalidad del carácter no remunerativo asignado al suplemento por conducción o función jerarquizada establecido por el dec. 861/93; *b)* se condene al GCBA a abonar las diferencias adeudadas en concepto de sueldos anuales comple-

mentarios (SAC) en relación con dicho suplemento, más sus intereses; *c)* se ordene al demandado que liquide mensualmente el suplemento en forma correcta, esto es, computándolo como remunerativo; *d)* se condene a la accionada a presentarse ante la AFIP para regularizar las contribuciones previsionales pertinentes (fs. 1/8 vta., autos principales).

El GCBA contestó la demanda y solicitó su rechazo (fs. 63/68 vta., autos principales).

2. El juez de primera instancia admitió la demanda en los siguientes términos: "…*1º)* Haciendo lugar a la demanda incoada por la Sra. María Elena Medina contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, sólo a partir del 24 de marzo de 1999 (…) En consecuencia, condeno al Gobierno de la Ciudad de Buenos a pagar a la actora la suma que oportunamente resulte al practicar la liquidación correspondiente (…) *2º)* Rechazando el pedido de integración de aportes previsionales por ante la Administración Federal de Ingresos Públicos (…) *3º)* Imponiendo las costas a las tres pretensiones que prosperaron, a la demandada vencida y las costas de la pretensión rechazada, por su orden…" (fs. 138/140 vta., autos principales).

El GCBA apeló la sentencia y expresó agravios (fs. 141 y 150/152 vta., autos principales). A su turno, la parte actora contestó el traslado conferido (fs. 154/157, autos principales).

3. La Sala II de la Cámara CAyT resolvió confirmar la sentencia recurrida e imponer las costas a la demandada vencida (fs. 164/167, autos principales).

Disconforme con el pronunciamiento, el GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 172/180, autos principales). Allí planteó la arbitrariedad de la sentencia dictada por la Sala II y alegó que en autos se habían afectado su derecho de defensa y la garantía del debido proceso (art. 18, C.N.). Asimismo, expresó que el decisorio cuestionado vulneraba su derecho de propiedad (art. 17, C.N.) y cercenaba atribuciones propias del poder administrador.

4. La Sala II —previo traslado de ley (el que fue contestado por la parte actora a fs. 182/184 vta., autos principales)— denegó la concesión del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA toda vez que, a su criterio, la demandada no había logrado plantear una cuestión constitucional que guardara relación directa e inmediata con la decisión impugnada, ni tampoco había logrado demostrar que en autos se hubiese configurado un supuesto de sentencia arbitraria (fs 187/189, autos principales).

5. Ante la denegatoria de la Cámara, el GCBA interpuso ante el Tribunal el recurso de queja agregado a fs. 46/56 vta.

6. El señor fiscal general adjunto, en su dictamen, propició un pronunciamiento de este Tribunal que rechace el recurso de hecho impetrado por la parte demandada (fs. 60/62 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. En mi concepto, la queja y el recurso de inconstitucionalidad articulados por la parte demandada deben prosperar.

2. La Sala II de la Cámara CAyT entendió que, a fin de determinar el carácter remunerativo del suplemento por conducción previsto en el dec. 861/93, resultaba necesario analizar si su pago presentaba notas de "habitualidad" y "generalidad".

Siguiendo este razonamiento, el *a quo* expresó que las normas involucradas en el caso estipulaban que el cobro del suplemento quedaba sujeto al cumplimiento diversos recaudos específicos, a saber: que el agente se desempeñase en alguno de los cargos jerárquicos indicados en el art. 1º de la norma, que ejerciese efectivamente las tareas inherentes a esa función y, asimismo, que contase con personal a cargo (v. fs. 165, autos principales). A continuación, la Cámara sostuvo que, por más que la percepción del suplemento de marras estuviese sujeta al cumplimiento de ciertas condiciones, ello no era óbice para concluir que el adicional implementado por el dec. 861/93 revestía naturaleza de general y habitual. En este sentido, afirmó que "(u)na vez verificados los extremos indicados para la percepción del suplemento, éste se cobra regularmente todos los meses mientras desempeñe dichas funciones y lo reciben todos quienes se encuentren en la misma situación de ejercicio de funciones jerárquicas, aunque con diferencias en el monto dependiendo de la escala jerárquica en la que reviste (en el caso, no hay más que visualizar la prueba aportada por la actora y el informe obrante a fs. 82)" (fs. 165 vta., autos principales).

3. Ya he tenido oportunidad de expedirme acerca de planteos similares al presente, donde el GCBA también cuestionaba decisiones de las instancias de mérito que habían reconocido —con fundamentos similares— el carácter remunerativo del suplemento por Función Ejecutiva implementado a través del dec. 861/93 —v. mis votos en minoría *in re* "Lage, María Liliana c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 6298/08, sentencia del 3/7/2009; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Cañada, María Alicia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 6513/09, sentencia del 20/10/2009; y más recientemente *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Pérez, Mirta Ofelia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 6604/09, sentencia del 25/11/2009.

4. En los precedentes citados sostuve que la parte demandada —a diferencia de lo acontecido en los precedentes "Cosentino" y "Morlan"— había logrado demostrar un caso constitucional a partir de la arbitrariedad de la sentencia recurrida que había asignado al adicional de marras una naturaleza distinta de aquella prevista por el Gobierno local.

Ello así, dado que, desde mi punto de vista, no parece razonable sostener que el goce de un suplemento por conducción fijado en el ámbito de la Administración para determinados agentes que, además, se encuentra condicionado por el efectivo cumplimiento de ciertas funciones por parte de ese grupo, deba ser liquidado con carácter remunerativo por revestir características de habitualidad y generalidad. Si bien lo que ha intentado la Cámara es argumentar que el mentado suplemento por conducción cumpliría con la pauta de generalidad porque se le reconoce a todo el subconjunto de agentes que cumplen con los condicionamientos establecidos por el decreto aludido, tal conclusión debe ser descalificada por respaldarse en una fundamentación aparente. Al respecto, entiendo que luego de constatarse el cumplimiento de los diversos condicionamientos previos establecidos por la norma para el goce del suplemento, éste debe abonarse a todos los agentes incluidos en ese subconjunto que ejerce efectivamente funciones ejecutivas con personal a cargo, pero ello no obedece a una supuesta generalidad del suplemento, sino a elementales razones de igualdad de trato.

Cabe aclarar, además, que en estos autos no se advierte que se haya producido prueba alguna orientada a demostrar que, por algún motivo, en los hechos, la aplicación del dec. 861/93 se hubiese extendido a la generalidad de los agentes del GCBA regidos por el SIMUPA, ni que se hubiesen pasado por alto para el otorgamiento del suplemento los condicionamientos especiales establecidos en el régimen que lo regula. Entonces, por más que la actora haya percibido el suplemento en cuestión durante muchos años —aspecto del litigio que no viene controvertido—, ello no autoriza a colegir, al menos automáticamente, una naturaleza del adicional distinta de aquella considerada por el GCBA en ejercicio de atribuciones que le son propias, sino que únicamente permite concluir que ello se ha debido a que, durante igual plazo, la accionante ha cumplido con los diversos requisitos exigidos por el dec. 861/93.

Por otra parte, tampoco en este punto se ha acreditado que el desempeño efectivo de funciones ejecutivas que trae aparejado el goce del suplemento implementado por el dec. 861/93, una vez adquirido, se encuentre tutelado por algún tipo de estabilidad, si se tiene en cuenta que el art. 3º del apuntado reglamento establece: "A partir del primer día del mes siguiente al que los agentes comprendidos en el art. 1º del presente Decreto dejaran de tener personal a su cargo, cesará la percepción del Suplemento establecido…" (conf. en sentido concordante, art. 36 *in fine*, ley 471). También se advierte que, según el dec. 3544/91 (SIMUPA), por ejemplo, se contempla el descuento del mentado suplemento a raíz de eventuales inasistencias por períodos superiores a treinta (30) días corridos, con excepción del lapso correspondiente a la licencia anual ordinaria (art. 23 *in fine*).

En suma, del estudio de las normas involucradas en el caso no sólo no se desprende el carácter remunerativo del suplemento por conducción implementado

por el dec. 861/93, sino que, en mi opinión, es posible afirmar que éste ha sido previsto por el Gobierno local con carácter no remunerativo.

5. Establecido que el suplemento por Función Jerárquica implementado a través del dec. 861/93 no ha sido previsto por el GCBA con carácter remunerativo, al no existir en el proceso controversias relevantes sobre aspectos de hecho y prueba, en virtud de lo dispuesto por el art. 31 de la ley 402, resta abordar el planteo de inconstitucionalidad formulado por la actora.

En este punto, advierto que la mención genérica de los arts. 14, 14 bis, y 17 de la C.N., así como del art. 43 de la CCBA, en el caso, no resulta suficiente para demostrar que la aplicación del decreto objetado viole los derechos constitucionales que le asisten a la actora como trabajadora, ni su derecho de propiedad. En otras palabras, aunque participo del criterio según el cual se afirma que los adicionales y/o suplementos excluidos de la "remuneración" deben considerarse excepcionales —y en consecuencia escrutarse con particular estrictez—, la mención aislada de los preceptos constitucionales citados no resulta idónea para acreditar, en este caso, la irrazonabilidad de la reglamentación de la relación de empleo público cuestionada —normativa que goza, en principio, de presunción de legitimidad—. Esta función reglamentaria, cabe aclararlo, constituye una atribución propia de los poderes legislativo y ejecutivo —en sus respectivas esferas de competencia—, autoridades que tienen reconocido cierto margen de discrecionalidad para fijar sus políticas en la materia, comprensiva del establecimiento de adicionales, suplementos y bonificaciones, a partir de la valoración no sólo del bloque de legalidad que condiciona su actuación, sino de circunstancias de oportunidad, mérito y conveniencia, aspecto este último que el Poder Judicial no puede evaluar sin violentar el principio de división de poderes, también consagrado en la Constitución.

En virtud de las consideraciones expuestas, corresponde: *a)* hacer lugar a los recursos de queja y de inconstitucionalidad deducidos por el GCBA; *b)* dejar sin efecto la sentencia recurrida; y *c)* rechazar la demanda interpuesta por la Sra. María Elena Medina, con costas en el orden causado, en atención a las especiales circunstancias del caso, donde la actora pudo creerse con derecho a litigar, al haber percibido el suplemento por función jerárquica del dec. 861/93 durante muchos años (art. 62, *in fine*, CCAyT).

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

La cuestión debatida en estos autos es similar, en lo sustancial, a la resuelta en el caso "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Morlan, Fernando Luján c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 6021/08, sentencia del 11/2/2009, cuya copia deberá agregarse por Secretaría.

Por los argumentos allí expuestos, a los cuales me remito, voto por rechazar la queja presentada por el GCBA.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja ha sido interpuesto en tiempo, forma y dirige una crítica concreta contra la resolución del tribunal de la causa que denegó el recurso de inconstitucionalidad.

2. Sin embargo, la falta de un planteo genuino y directo de un caso constitucional vacía de fundabilidad al recurso de inconstitucionalidad. En efecto, la mención por parte del impugnante de normas y cuestiones constitucionales —hecha casi a manera de elipsis— aparece desprovista de toda conexión relevante con la cuestión resuelta por las instancias inferiores.

Tal como expresara mi colega, el juez Casás, al emitir su voto en el expte. nº 5927/08 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Empresa La Royal Sociedad Anónima de Servicios c/GCBA s/cobro de pesos'" (sentencia del 12/11/2008), podemos también aquí señalar que "[…] los agravios esgrimidos por la recurrente —dirigidos a cuestionar la decisión que hizo lugar al reclamo de cobro de pesos incoado por la parte actora— sólo reflejan 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* (básicamente, dec. 5720/72, dec. ley 23.354/56 y disposiciones del Código Civil que delinean el instituto del enriquecimiento sin causa).

Así las cosas, más allá del acierto o error de lo decidido, los planteos propuestos ante este estrado remiten a la consideración de cuestiones propias de los jueces de la causa y, por ende, no resultan revisables por este Tribunal, al menos por la vía intentada por la recurrente que optó por el recurso de inconstitucionalidad desechando la apelación ordinaria. Por lo demás, tampoco se ha logrado demostrar la alegada arbitrariedad de la decisión recurrida, en tanto se advierte que, sobre los puntos discutidos, ella no puede ser calificada de infundada o irrazonable".

Por lo expuesto, considero que debe declararse procedente la queja e improcedente el recurso de inconstitucionalidad, con costas. Así voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. El cuestionamiento que el GCBA efectúa a la sentencia recurrida en relación con el carácter remunerativo que en ella se reconoce al adicional establecido por el dec. 861/93 encuentra adecuada respuesta en las razones expuestas por el Tribunal en las sentencias dictadas en los autos "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Cosentino, Alcira Ester c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni remuneración)'", expte. nº 6031/08, y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Morlan, Fernando Luján c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni remuneración'", expte. nº 6021/08, sentencias del 11/2/2009 y más recientemente en la causa "Lage, María Liliana c/GCBA s/empleo

público (no cesantía ni exoneración) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 6298/08, sentencia del 3/7/2009; que son de conocimiento del recurrente por haber intervenido como parte demandada en los tres juicios, y a los que cabe remitirse por razones de brevedad.

2. En línea con lo sostenido en los precedentes mencionados, 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 cualquiera que sea el mérito de los demás argumentos dados en la sentencia, los que he mencionado, como ya dije, brindan apoyo suficiente e independiente a la decisión cuestionada. Además, 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).

Para lo que ahora importa, la sentencia impugnada, interpretando la normativa infraconstitucional, cuya aplicabilidad no fue puesta en tela de juicio por la parte recurrente, vino a señalar que, en tanto por un lado, el dec. 861/93 no calificó al suplemento analizado como "no remunerativo", y que, por otro, al tratarse de un adicional propio de la categoría de revista contemplada por el mencionado decreto, el carácter remunerativo coincidiría con las previsiones del art. 18 del SIMUPA, según el cual la retribución de los agentes se compone de la asignación básica de nivel y de los adicionales, suplementos y bonificaciones que correspondan a su situación de revista, entre ellos el suplemento ahora reclamado ("función ejecutiva", art. 20 SIMUPA). Al margen de expresar su desacuerdo, el gobierno recurrente no acredita que la inteligencia asignada a los preceptos en juego exceda la que pueden formular los jueces de la causa, ni que hacer reposar la generalidad del suplemento en el hecho de ser percibido por todos los que cumplen funciones de conducción —aunque no por todo empleado del GCBA— sea contradictorio con las previsiones legales que regulan la composición del salario de los empleados públicos. Esa noción de generalidad, cualquiera sea su mérito, encuentra apoyo en la normativa citada que, según el *a quo*, vincula el carácter salarial de los suplementos con la situación de revista y no con la de la totalidad de los agentes. Ello no implica más que sostener que abarca a todos los que están en igual condición y no a todos los dependientes. A su vez, la demandada tampoco logra descalificar la sentencia en cuanto habría omitido considerar el efectivo cumplimiento de los presupuestos requeridos para el cobro del suplemento en cuestión por el universo de quienes lo perciben en tanto, esos requisitos fueron invocados como causa del rubro, no están discutidos en relación con la accionante ni, finalmente, lo decidido implica abrir juicio acerca de su procedencia en otros casos.

Por lo expuesto, voto por rechazar de la queja planteada por el GCBA.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* que los agravios planteados por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no satisfacen los requisitos establecidos en el art. 27 de la ley 402.

2º. *Agregar* a este expediente copia de la sentencia dictada por el Tribunal de fecha 11 de febrero de 2009, expte. nº 6021/08, en los autos: "Morlan, Fernando Luján c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)", como parte integrante del voto de la jueza Ana María Conde.

3º. *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 - José O. Casás.*

LXXI

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

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional. Arbitrariedad de sentencia. Cuestiones de hecho y prueba. Interpretación de normas infraconstitucionales. ADICIONALES SALARIALES: Carácter remunerativo. REGULARIZACIÓN PREVISIONAL: Causa contencioso-administrativa. Autoridad administrativa. Competencia del fuero Contencioso Administrativo y Tributario.

SUMARIOS:

1. Corresponde rechazar el recurso de queja si los agravios planteados no logran poner de resalto deficiencias lógicas o de fundamentación que impidan considerar al pronunciamiento impugnado como la "sentencia fundada en ley" a la que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N. *(Voto del señor juez José O. Casás. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. Corresponde rechazar el recurso de queja si los planteos formulados sólo traducen el desacuerdo de la recurrente con un aspecto de la sentencia objetada que remite a la consideración de una cuestión propia de los jueces de la causa, sin lograr demostrar que los magistrados intervinientes hayan excedido con su razonamiento toda interpretación posible del derecho infraconstitucional aplicable al caso

o de las alegaciones de las partes. *(Voto del señor juez José O. Casás. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. Existe una diferencia sustancial entre éste y otros casos anteriores, que permite adoptar un criterio distinto en la resolución del recurso de hecho interpuesto por el GCBA, pues en aquellas oportunidades la Procuración se limitó a cuestionar la condena a regularizar la situación previsional de los accionantes en virtud de la afectación del principio de congruencia, por entender que esa cuestión no había sido planteada en la demanda, mientras que ahora, los accionantes pidieron expresamente en la demanda que se condene al GCBA a regularizar sus situaciones previsionales. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. La regularización de la situación previsional de los actores es una de las consecuencias naturales, lógicas, accesorias y necesarias que se derivan de la pretensión de reconocimiento del carácter remunerativo de los suplementos que motivó el juicio y, por lo tanto, el esclarecimiento de la posición de las partes con relación a su situación previsional debía ser abordado por los estrados de esta jurisdicción local en tanto se encontraba dentro de los términos en que quedó trabada la litis. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

5. A los efectos del recurso de queja está a cargo del impugnante criticar razonadamente los fundamentos de la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad planteado, afirmando la existencia de cuestión constitucional a resolver. *(Voto de la señora jueza Marta Paz).*

6. Es arbitraria la sentencia si el magistrado la sostiene sólo en un razonamiento y opinión personales, carece de todo sustento legal y está fundada sólo en su voluntad, pues la doctrina de la arbitrariedad atiende a las omisiones y desaciertos de extrema gravedad, cometidos en la sentencia, que tienden a su descalificación como acto jurisdiccional válido. *(Voto de la señora jueza Marta Paz).*

7. La regularización de la situación previsional requerida excede la competencia de los tribunales locales, solución que no queda conmovida, como pretende la Cámara CAyT, por la afirmación según la cual para establecer la competencia de la justicia Contencioso Administrativa y Tributaria de la Ciudad en un caso concreto, no debe atenderse a la materia sobre la que versa el litigio o la naturaleza de las cuestiones debatidas —excepción hecha de las cuestiones que han sido expresamente atribuidas por el legislador de la Ciudad al conocimiento de otros tribunales locales— sino a la circunstancia de que sea o no parte en el proceso alguna de las autoridades administrativas que enumera el art. 1º del CCBA. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

En su voto la señora jueza Alicia E. C. Ruiz remite a sus fundamentos vertidos en el expte. nº 6404/09 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Mazocchi, Iris Norma y otros c/GCBA s/cobro de pesos'", sentencia del 26/8/2009, cuyo sumario se transcribe a continuación:

1. Conforme al derecho sustantivo sólo la AFIP está autorizada para perseguir el cobro de deudas previsionales, y por lo tanto los actores no están legitimados para formular ese reclamo, de modo que las sentencias de primera y segunda instancia dictadas en el juicio son inválidas en este punto. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. SACAyT nº 6608/09 - 21/4/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Julio Pablo Lorenzo, Jorge Luis Guillermini, Juan Carlos Gil, Enrique Eduardo Suárez, Héctor Raúl Asplanatti, Elio Ángel Carlos Pane, Rubén Andrés Barthelemi, Oscar Osvaldo Barna, Rubén Berasain, José Kavaliauskas, Diego Videla Gutiérrez, Claudio Hanczyc, Daniel Justo Feijoo, Eduardo Rubén Caldirola, José Devescovi, Jorge Oscar Pino y Norberto Lucio Conde personal dependiente de la Secretaría de Cultura del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) plantearon una demanda para que se incorporasen a las asignaciones que mensualmente percibían los rubros salariales que desde el año 1991 se les abonan con carácter "no remunerativo". Solicitaron que se reliquiden y abonen las diferencias resultantes e impagas, intereses y costas. También solicitaron que se efectuasen los aportes previsionales debidos, correspondientes al período involucrado (fs. 1/5).

2. La jueza de primera instancia hizo lugar parcialmente a la demanda (fs. 16/34 vta.). En particular, otorgó carácter remunerativo a los adicionales salariales previstos en los decs. 671/92; 1880/92; 1302/98; 1328/98 y 2552/98 y declaró su inconstitucionalidad en cuanto no admitían tal carácter. También dispuso que el GCBA "deberá presentarse ante el órgano previsional competente a los efectos de regularizar su situación respecto al pago total de los aportes jubilatorios a su cargo adeudados (...) hallándose a cargo de los actores la regularización ulterior de las contribuciones...".

3. La demandada apeló la sentencia (fs. 35/38). Los actores contestaron el memorial de agravios (fs. 43 y vta.).

4. La Sala I de la Cámara CAyT resolvió: "*1)* Hacer parcialmente lugar al recurso de apelación interpuesto por la Ciudad y, en consecuencia: *i)* establecer que el Gobierno de la Ciudad deberá presentarse ante el órgano previsional competente y, allí, regularizar la situación respecto de las contribuciones debidas; *ii)* aplicar la tasa pasiva promedio mensual que publica el Banco Central de la República Argentina; y *2)* imponer las costas de ambas instancias en el orden causado (art. 62 CCAyT)...".

En lo que interesa a los fines de esta queja, la Sala desestimó el agravio del GCBA respecto de la incompetencia de la Justicia local para condenarlo a regularizar la situación previsional de los actores. Sostuvo la Cámara que: "resulta competente para ordenar a la Ciudad el pago de aportes jubilatorios", ya que "para establecer la competencia de la justicia Contencioso Administrativa y Tributaria de la Ciudad

en un caso concreto, no debe atenderse a la materia sobre la que versa el litigio o la naturaleza de las cuestiones debatidas (...) sino a las circunstancias de que sea o no parte en el proceso alguna de las autoridades administrativas que enumera el art. 1º del CCBA" (fs. 40/42 vta.).

5. El GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 44/49). Centró su crítica en la falta de legitimación del Gobierno como sujeto obligado a cumplir la condena por aportes y contribuciones previsionales, entendiendo que ese agravio no había sido tratado ni ponderado en su totalidad y que esa omisión tornaba arbitrario el decisorio recurrido.

6. La Sala I declaró inadmisible el recurso por no presentarse los supuestos sistematizados en la doctrina de la arbitrariedad de sentencia. Sostuvo que esas "... situaciones sin embargo no se verifican en el caso, pues la sentencia puede ser objeto de críticas jurídicas pero —contrariamente a lo alegado por el recurrente—, no ser descalificada como dogmática, carente de lógica o de insuficiente fundamentación jurídica. III. A mayor abundamiento, cabe manifestar que la recurrente reitera en esta instancia extraordinaria argumentos ya vertidos anteriormente y que fueran rechazados por este Tribunal en el decisorio ahora impugnado" (fs. 51/52).

7. El Gobierno dedujo, entonces, recurso de queja (fs. 54/62). Sus agravios se circunscribieron a la condena impuesta a su parte de presentarse ante el órgano previsional competente a regularizar la situación previsional de los actores efectuando el pago total de los aportes adeudados, en tanto ellos no se encuentran legitimados para reclamar el pago de los aportes previsionales.

8. Requerido su dictamen, el fiscal general adjunto propició el rechazo del recurso por no encontrarse configurado un caso constitucional. El fiscal sostuvo "La parte demandada interpuso recurso de inconstitucionalidad con sustento en la arbitrariedad de la sentencia, por entender que la Cámara: '...omite expedirse sobre cuestiones planteadas oportunamente en el agravio referido a la falta de legitimación de la parte actora para reclamar la regularización de los aportes jubilatorios..." (fs. 46) y "Carece de fundamentación suficiente...' (fs. 46 vta.).// Así, el recurrente intenta demostrar que el análisis efectuado por el tribunal sobre las circunstancias fácticas y procesales producidas en autos, es constitucionalmente reprochable. Sin embargo, en mi opinión, del decisorio no surge que éste sea carente de fundamento o basado solamente en la voluntad de los sentenciantes. El hecho de que la sentencia 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" (fs. 66/68).

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

El recurso de queja ha sido interpuesto en tiempo, forma y dirige una crítica concreta contra el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad.

El recurso de inconstitucionalidad plantea una cuestión constitucional análoga a la que tratara en mi voto en el expte. nº 6404/09, "Mazocchi, Iris Norma y otros c/GCBA s/cobro de pesos" (sentencia del Tribunal Superior de Justicia del 26/8/2009). En consecuencia, y por razones de brevedad me remito a los fundamentos y a la solución que expusiera en la causa mencionada.

Voto pues, por dejar sin efecto el fallo de Cámara en cuanto confirma la condena de la jueza de primera instancia y, consecuentemente, por revocar en ese punto la sentencia dictada por esta última, respecto de la deuda por aportes y contribuciones derivadas de diferencias salariales. Las costas de esta instancia se imponen en el orden causado. Así voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad, como quedará expuesto en lo que sigue, ha sido mal denegado.

2. La cuestión planteada en autos es similar a la que el Tribunal decidiera recientemente en los autos "Adano, Graciela Beatriz y otros c/GCBA s/recurso de queja de inconstitucionalidad denegado en: 'Adano, Graciela Beatriz y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración'", expte. nº 6177/08, sentencia del 18/6/2009; y en los autos "Lage, María Liliana c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 6298/08, sentencia del 3/7/2009. Por tal razón, reiteraré, en lo pertinente, lo expresado en mis votos en tales causas.

3. El *a quo*, en lo que al recurso a estudio importa, confirmó la sentencia de primera instancia en cuanto condenó al GCBA a "…presentarse ante el órgano previsional competente a los efectos de regularizar su situación respecto al pago total de los aportes jubilatorios a su cargo adeudados…" (véase punto 2 de los "resulta"); para resolver lo cual sostuvo, en contestación de los planteos del GCBA, que, tal como lo había manifestado en otros precedentes, el fuero "...resulta competente para ordenar a la Ciudad el pago de aportes jubilatorios..." (fs. 12).

Frente a ello, resulta aplicable la constante jurisprudencia de este Tribunal que, por mayoría, tiene resuelto para supuestos análogos al que nos ocupa, que la regularización de la situación previsional requerida excede la competencia de los tribunales locales (conf. TSJBA *in re* "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; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Amstutz, María Laura c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. n° 3928/05, resolución

del 14/9/2005 y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Velaz, Liliana Mirta y otros c/GCBA s/cobro de pesos", expte. nº 5526/07, resolución del 30/4/2008).

Esa solución no queda conmovida, como pretende la Sala I de la Cámara CAyT, por la afirmación según la cual "(...) para establecer la competencia de la justicia Contencioso Administrativa y Tributaria de la Ciudad en un caso concreto, no debe atenderse a la materia sobre la que versa el litigio o la naturaleza de las cuestiones debatidas —excepción hecha de las cuestiones que han sido expresamente atribuidas por el legislador de la Ciudad al conocimiento de otros tribunales locales— sino a la circunstancia de que sea o no parte en el proceso alguna de las autoridades administrativas que enumera el art. 1º del CCBA [*sic rectus*: CCAyT]…" (fs. 12). El criterio postulado sólo comprende a los asuntos propios del fuero mencionado que son los que pueden ser resueltos por autoridades locales. Con ese alcance, la norma sirve para determinar la radicación de una causa cuya solución dependa de la interpretación de derecho privado o público local y sólo en tales supuestos resulta indiferente cuál de ellos rige la solución del pleito pues ante la presencia de autoridades administrativas de la CABA en juicio opera la competencia del fuero CAyT (art. 2º de la ley 189).

La regla enunciada, invocada en el vacío pierde sentido y, a su vez, interpretada fuera de contexto conduce a una solución equivocada. Basta señalar a este respecto que, el criterio usado por la ley 189 que define el ámbito del proceso contencioso administrativo local, nunca podría cambiar las previsiones del art. 116 de la C.N. A su turno la delimitación del mencionado ámbito, evidentemente inspirada en la restricción que la ley 24.588 provoca sobre las potestades jurisdiccionales de la CABA, tampoco se expandiría en el sentido que pretende el *a quo* con el goce pleno de esa función actualmente retaceada, porque la previsión legal invocada por la Sala I no rige cuando la pretensión en juego no corresponde a la competencia local. En tanto el supuesto que nos ocupa se inscribe en esta última hipótesis, por los argumentos desarrollados en la jurisprudencia citada (punto 3 párrafo segundo) a los que remito por razones de brevedad, la sentencia cuestionada en este aspecto, incurre en un exceso jurisdiccional.

Por lo expuesto, y habiendo dictaminado el señor fiscal general adjunto, voto por *i)* hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad, y *ii)* revocar la sentencia en cuanto condenó al GCBA a regularizar la situación previsional de los actores. Costas a la vencida.

El juez José O. Casás dijo:

1. El recurso de queja deducido por el GCBA no puede prosperar.

2. La parte demandada objeta la decisión de la Sala I de la Cámara CAyT que, en lo que aquí interesa, confirmó el pronunciamiento de primera instancia en cuanto le ordenó regularizar la situación previsional de los actores —a partir del

reconocimiento judicial del carácter remunerativo de diversos suplementos salariales percibidos por los demandantes.

En el recurso de inconstitucionalidad que esta queja intenta sostener, la representación del Estado local alega, básicamente, la arbitrariedad de la sentencia aludida. Sostiene que el tribunal *a quo* habría omitido expedirse sobre cuestiones oportunamente planteadas por su parte, toda vez que habría interpretado sus agravios tendientes a cuestionar la ausencia de legitimación de la parte actora para obtener una condena con el alcance peticionado como si, en realidad, su parte hubiese planteado la incompetencia del fuero local para imponer el pago de aportes y contribuciones. En este sentido, el GCBA expresa que los accionantes carecen de acción para exigir el pago de la deuda previsional reclamada y que lo pretendido resultaría ajeno a esta jurisdicción, en tanto, desde su punto de vista, sólo el órgano federal recaudador estaría legitimado para solicitar la satisfacción de las acreencias que se hubiesen detectado a favor del sistema previsional.

3. Determinado el alcance del agravio que sostiene al recurso, entiendo que no se ha logrado exponer fundadamente un caso constitucional, conforme lo establece el art. 27 de la ley 402.

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).

Desde esta perspectiva, estimo que los agravios planteados no logran poner de resalto deficiencias lógicas o de fundamentación que impidan considerar al pronunciamiento impugnado como la "sentencia fundada en ley" a la que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N.

En efecto, más allá del acierto o error de los argumentos brindados por la Cámara para resolver el aspecto del litigio que viene controvertido, se advierte que el *a quo* ha ponderado las defensas esgrimidas por el GCBA a la luz de las normas infraconstitucionales involucradas y, a continuación, las ha desestimado mediante fundamentos expresos. En consecuencia, los planteos formulados sólo traducen el desacuerdo de la recurrente con un aspecto de la sentencia objetada que remite a la consideración de una cuestión propia de los jueces de la causa, sin lograr demostrar que los magistrados intervinientes hayan excedido con su razonamiento toda interpretación posible del derecho infraconstitucional aplicable al caso o de las alegaciones de las partes. Por este motivo, el decisorio impugnado no puede ser revisado en esta instancia.

El Tribunal ya ha sostenido que la discrepancia del recurrente con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que su sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria [conf. este Tribunal *in re* "Federación de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción de inconstitucionalidad", expte. n° 49/99,

resolución del 25/8/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. I, pp. 282 y ss., entre otros].

4. Por lo demás, ya he sostenido en reiteradas ocasiones que, en mi concepto, la regularización de la situación previsional de los actores es una de las consecuencias naturales, lógicas, accesorias y necesarias que se derivan de la pretensión de reconocimiento del carácter remunerativo de los suplementos que motivó el juicio y, por lo tanto, el esclarecimiento de la posición de las partes con relación a su situación previsional debía ser abordado por los estrados de esta jurisdicción local en tanto se encontraba dentro de los términos en que quedó trabada la litis. Así las cosas, decidido que los suplementos de marras son remunerativos y se deben tomar como base a todos los efectos previsionales, las acciones, operaciones y parámetros que deberán seguirse para cumplir aquella directiva (y los eventuales problemas que se pueden llegar a generar) deberán ventilarse en el proceso de ejecución de sentencia [conf. mi opinión en los precedentes: "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; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Bayugar, Alicia Dolores y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 3898/05, pronunciamiento del 31 de agosto de 2005; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Abuin, Alicia Inés y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 3899/05, resolución del 31 de agosto de 2005; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Amstutz, María Laura c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. n° 3928/05, decisorio del 14 de septiembre de 2005; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ruiz, María Antonieta c/GCBA s/cobro de pesos'", expte. nº 3879/05, resolución del 14/9/2005; "García, Mabel Antonia y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4763/06, sentencia del 29/11/2006; y "Cipullo, Beatriz Emilia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5774/08, resolución del 20/8/2008, entre otros]. A mayor abundamiento, parece oportuno señalar que el criterio que sostengo en este punto se encuentra, de algún modo, en sintonía con el procedimiento adoptado por el legislador nacional para la regularización de aportes y contribuciones en aquellas causas que se ventilan ante la justicia nacional del trabajo (conf. art. 46 de la ley 25.345 que modifica el art. 132 de la ley 18.345, honestamente leído —por cuanto no sólo está en juego el interés singular del futuro beneficiario sino, también, comprometido el interés público en el financiamiento suficiente y conforme a derecho de la seguridad social en su conjunto—).

Por las consideraciones expuestas, y de acuerdo con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto a fs. 68/70, corresponde rechazar el recurso de queja deducido por el GCBA.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Si bien este Tribunal ya ha resuelto situaciones similares ("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; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Bayugar, Alicia Dolores y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 3898/05, pronunciamiento del 31/8/2005; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Abuin, Alicia Inés y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 3899/05, resolución del 31/8/2005; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Amstutz, María Laura c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. n° 3928/05, decisorio del 14/9/2005; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ruiz, María Antonieta c/GCBA s/cobro de pesos'", expte. nº 3879/05, resolución del 14/9/2005; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Fernández, María Elena Juana y otros c/GCBA (Secretaría de Educación) s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. n° 4075/05, sentencia del 14/12/2005; y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Alasia, Virginia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. n° 4304/05, sentencia del 31/5/2006; "Michelet, Aída Esther c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. n° 4739/06 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Michelet, Aída Esther c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 4748/06, sentencia del 8/11/2006), en tales oportunidades la Procuración se limitó a cuestionar la condena a regularizar la situación previsional de los accionantes en virtud de la *afectación del principio de congruencia*, por entender que dicha cuestión no había sido planteada en la demanda, mientras que en esta oportunidad, en la que los accionantes pidieron expresamente en la demanda que se condene al GCBA a regularizar sus situaciones previsionales, el recurrente introduce el agravio basado en la *falta de legitimación del accionante* para exigir el pago de la deuda previsional reclamada que impediría dar cumplimento a ese aspecto de la sentencia.

Ello constituye una diferencia sustancial entre éste y los anteriores casos, que permite adoptar un criterio distinto en la resolución del recurso de hecho interpuesto por el GCBA.

2. Sentado lo expuesto, a continuación cabe reproducir similares conceptos a los expresados en "Adano, Graciela Beatriz y otros c/GCBA s/recurso de queja

de inconstitucionalidad denegado en: 'Adano, Graciela Beatriz y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 6177/08, sentencia del 17/6/2009, y en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Mazocchi, Iris Norma y otros c/GCBA s/cobro de pesos'", expte. nº 6404/09, sentencia del 26/8/2009, causas análogas a la presente.

El recurso de queja planteado por el Gobierno local no logra rebatir el principal fundamento en virtud del cual la Cámara declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad: la ausencia de un genuino caso constitucional.

En efecto, como acertadamente destaca el Dr. Casás en el apart. 3° de su voto —a los que me remito y adhiero—, las cuestiones planteadas —de hecho, prueba y derecho común— no habilitan la apertura de la presente vía extraordinaria; y por otra parte, más allá de su acierto o error, la sentencia de la Cámara presenta argumentos razonables, que permiten desechar la tacha de arbitrariedad deducida.

Por lo expuesto, voto por rechazar la queja articulada por el GCBA.

La jueza Marta Paz dijo:

Que en los presentes actuados un grupo de docentes demandó al Gobierno de esta ciudad a fin que se incorporen a las asignaciones que perciben todos los rubros que desde 1991 en adelante se les abonaron con carácter no remunerativo (códigos 094, 095, 096 y 097). Piden que, en consecuencia, se proceda a liquidar y abonar las diferencias que obran impagas, con intereses y costas. También solicitan que se efectúen los aportes provisionales que sostienen se ha omitido integrar.

Que el primer análisis a efectuar es el de la admisibilidad formal del recurso conforme lo dispuesto por los arts. 113 inc. 4º de la CBA y 33 de la ley 402. En este sentido, el mismo ha sido interpuesto por quien se encuentra legitimado para hacerlo, en tiempo y forma.

Que está a cargo del impugnante criticar razonadamente los fundamentos de la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad planteado que afirmaba la existencia de cuestión constitucional a resolver, lo que no se advierte que haya realizado en el presente caso.

Que la impugnante funda su recurso en la alegada arbitrariedad de sentencia que, a su juicio, surge de la omisión de tratamiento de una cuestión planteada: la falta de legitimación de su parte para cumplir con la condena a regularizar la situación provisional de la parte actora.

Que por otra parte, se considera arbitraria la sentencia si el magistrado la sostiene sólo en un razonamiento y opinión personales. Para tacharla así debería carecer de todo sustento legal y estar fundada sólo en la voluntad del magistrado, pues la doctrina de la arbitrariedad atiende a las omisiones y desaciertos de extrema gravedad, cometidos en la sentencia, que tienden a su descalificación como acto jurisdiccional válido, lo que no ocurre en este caso.

Que la Corte Suprema de la Nación ha establecido que: "la doctrina de la arbitrariedad tiene por objeto cubrir casos de carácter excepcional en los que defi-

ciencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo impiden considerar el pronunciamiento de los jueces como la sentencia fundada en ley a la que hace referencia el art. 18 de la C.N." (*Fallos*, 312:246; 389, 608, 1839, entre otros).

Que conteste con lo anterior, la doctrina sostiene que "es inatendible el recurso que no traspasa los límites de la exhibición de una subjetividad, sin convencer de la arbitrariedad o el absurdo de la labor axiológica desarrollada por los jueces de grado al apreciar la prueba. Es que no basta oponer al criterio del tribunal sentenciante la propia apreciación personal sobre el mérito de los elementos de juicio allegados al proceso, máxime si el juzgador puede preferir uno sobre otros descartando aquellos que no son conducentes pues hace a sus facultades privativas de apreciación" (Augusto Mario Morello, "Prueba, incongruencia, defensa en juicio", Abeledo-Perrot, 1977, p. 131).

Que asiste razón al señor fiscal general adjunto Dr. Rubén Pereyra en cuanto señala que "el hecho de que la sentencia se oriente en una dirección contraria a los intereses del agraviado no importa afectación de derechos constitucionales, ni habilita a calificar el fallo de arbitrario".

Por lo expuesto, y por compartir los argumentos vertidos por los Dres. José O. Casás y Ana María Conde, corresponde rechazar el recurso interpuesto por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

Así lo 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 el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2º. *Agregar* a este expediente copia de la sentencia dictada por el Tribunal de fecha 26 de agosto de 2009, en los autos "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Mazocchi, Iris Norma y otros c/GCBA s/cobro de pesos'" (expte. nº 6404/09), como parte integrante del voto de la jueza Alicia E. C. Ruiz.

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

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás - Marta Paz.*

En similar sentido se resolvió en el expte. nº 6536/09 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Laprida, Rosa Susana Hebe y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", del 21/4/2010.

LXXII

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

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional. Cuestiones de hecho y prueba. Interpretación de normas infraconstitucionales. ADICIONALES SALARIALES: Carácter remunerativo. REGULARIZACIÓN PREVISIONAL: Principio de división de poderes. Arbitrariedad de sentencia. Derecho de defensa.

SUMARIOS:

1. 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 arbitrariedad de sentencia—, omisión que obsta a la procedencia del recurso de queja, puesto que la presentación resulta privada de mínimo fundamento. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. En general, la determinación del carácter remunerativo o no remunerativo de un rubro salarial obliga al análisis de normas infraconstitucionales, y a la ponderación de circunstancias de hecho y prueba que permitan formar convicción sobre si el adicional cuestionado reviste carácter general y habitual, o —por el contrario— naturaleza selectiva y transitoria. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Luis F. Lozano y Alicia E. C. Ruiz).*

3. Corresponde desestimar el agravio del GCBA que sostiene que la sentencia de la Cámara, en cuanto atribuye naturaleza remunerativa a los adicionales, obliga al Tesoro público local a realizar erogaciones pecuniarias imprevistas y además cercena atribuciones propias del poder administrador, porque parte de una visión rígida e inexacta del principio de división de poderes y de las facultades del Poder Judicial. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

4. La decisión objeto de agravios debe ser descalificada con fundamento en la doctrina de la arbitrariedad de sentencia, si para arribar a la solución impugnada, se ha prescindido de los preceptos legales aplicables al caso sin dar razón plausible para ello y, en consecuencia, se ha vulnerado derecho de defensa de la parte demandada consagrado en el art. 18 de la C.N. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

5. La mención efectuada del art. 103 de la ley 20.744 de Contrato de Trabajo —que define el concepto de remuneración para el contrato de trabajo allí regulado— y de los arts. 9º, inc. e, y 15 de la ley 471 —que reconocen el derecho de los trabajadores de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a una retribución justa, de acuerdo con el nivel escalafonario alcanzado, la función efectivamente desempeñada y la productividad evidenciada en el cumplimiento del trabajo y garantizan el principio

de igual remuneración por igual tarea— sin ningún desarrollo argumental adicional destinado a conectar tales disposiciones con la cuestión efectivamente ventilada en el *sub examine*, no representa sustento válido para justificar la inaplicación de las normas reglamentarias correspondientes. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

Expte. SACAyT nº 6742/09 - 21/4/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Vicente Alberto Azzinari, José Fernández Tilve, Pedro Eduardo Laetta, Atilio Oscar Scaramellini, Eduardo Francisco Cuadra, Alberto Enrique Contti, Emidio Santoni, Daniel Justo Fernández, Jorge Enrique González Ríos, Raúl Alberto Rey, Carlos Enrique Barna, Ricardo Enrique Cerny, Juan Carlos Vega, Roberto Daniel Suárez, Osvaldo Walter Melián, Jesús Roque Amerise, José Miguel Coronel, Antonio Alfredo Cocciolo, Miguel Angel Fernández y Eduardo José Vidal, todos ellos agentes que se desempeñan en el ámbito de la Secretaría de Cultura dependiente del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, plantearon una demanda contra el Estado local para que *i)* se incorpore a las asignaciones que mensualmente perciben todos aquellos rubros que desde el año 1991 se abonan con carácter "no remunerativo", *ii)* se liquiden y abonen las diferencias resultantes e impagas, con más los intereses correspondientes, costos y costas, y *iii)* se efectúen los aportes previsionales debidos y correspondientes al período involucrado (fs. 23/28).

2. El GCBA contestó la demanda y se opuso a su procedencia (fs. 29/35).

En lo que interesa a los efectos del presente recurso, el GCBA sostuvo que el código 060, instituído por los decs. 1302/98 y 2552/98, corresponde a un adicional no remunerativo, selectivo y transitorio por tarea excelente, concedido a agentes pertenecientes a planteles de Escenotécnicos, de Servicios Auxiliares, de Coordinación Artística y de Archivo Musical, dependientes del teatro Colón. Afirma que no se liquida en forma continuada ni alcanza a la totalidad del personal sino solo a quienes desempeñen tareas excelentes en tanto y en cuanto las cumplan efectivamente y en proporción al tiempo que las desarrollan. Y manifiesta que tarea excelente es aquella que se cumple transitoriamente y que reviste mayor relevancia y responsabilidad que la que corresponde al nivel escalafonario del agente (fs. 30/33 vta., aparts. II.3 y II.4).

3. El señor juez de primera instancia acogió favorablemente la demanda, y en consecuencia *i)* declaró el carácter remunerativo de los conceptos abonados en los rubros 013 y 031 respecto de los actores, *ii)* hizo lugar al reclamo de las diferencias resultantes en concepto de aportes y contribuciones calculados desde los cinco años anteriores a la fecha de interposición del respectivo reclamo administrativo o, si

no existiere, de la demanda judicial, y ordenó que el GCBA integre dichas sumas más los intereses aplicables en la Caja del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, y *iii)* le impuso las costas a la demandada (fs. 36/38).

4. La actora apeló la sentencia y se agravió de la sentencia, en lo que interesa a los efectos del presente recurso, por haber omitido analizar la inconstitucionalidad del suplemento que los demandantes percibían bajo el rubro 060 como no remunerativo (fs. 43/44).

Dicho recurso fue contestada por la accionada, quien solicitó su rechazo (fs. 45/48).

5. La Sala II de la Cámara CAyT resolvió *i)* declarar el carácter remunerativo del adicional abonado como rubro 060, *ii)* condenar al GCBA a la inclusión en el salario mensual y efectivo pago de las sumas derivadas de la naturaleza remunerativa de los rubros 013, 031 y 060, *iii)* establecer que la tasa de interés aplicable a las sumas que resultarán a favor de los actores será la tasa pasiva promedio que publica el Banco Central de la República Argentina, *iv)* aclarar el decisorio de primera instancia en el sentido de que su punto 2 de la parte resolutiva remite al considerando IV, *v)* modificar la sentencia de grado en lo relativo a la regularización de la situación previsional de los actores, disponiendo que deberá librarse oficio a la ANSeS y a la AFIP a los fines de comunicar lo resuelto en estas actuaciones, *vi)* e imponerles las costas al GCBA (fs. 15/21).

En lo referido al adicional 060, la Cámara sostiene que el Gobierno de la Ciudad ha reconocido que el adicional implementado por los decs. 1302/98 y 2552/98 se encuentra incorporado al sistema salarial a partir de noviembre de 2005, por lo que es posible afirmar que para la Administración local forma parte de la "retribución mensual" de los actores. Y por otro lado, afirma que de conformidad con lo que debe entenderse por remuneración, salario, sueldo o contraprestación, no puede desconocerse que dicho adicional posea naturaleza salarial, independientemente de la denominación que se le haya otorgado, por lo que resulta infundado y debe rechazarse el pretendido carácter selectivo y transitorio que la demandada le imputa (apart. 9, fs. 17/18).

6. El GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad. Consideró que la sentencia de la Cámara incurre en arbitrariedad al asignarle de manera dogmática e infundada carácter remunerativo a un suplemento (rubro 060) que no es habitual ni regular ni general. Ello le genera al Tesoro público local erogaciones pecuniarias imprevistas y además cercena atribuciones propias del poder administrador (fs. 5/13).

7. La Sala II declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la demandada, con costas a la vencida, por considerar que no planteó en forma adecuada un caso constitucional, y que no demostró cuáles serían los vicios lógicos o argumentativos que descalificarían a la sentencia como acto judicial (fs. 2/4).

8. Contra dicha denegatoria, el GCBA interpuso el presente recurso de queja (fs. 50/60).

9. El señor fiscal general adjunto propició el rechazo del recurso por no encontrarse configurado un caso constitucional (fs. 69/71).

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 de la 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 arbitrariedad de sentencia—, 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, en los que el recurrente cuestiona la decisión de la alzada que declaró el carácter remunerativo de determinados adicionales salariales, 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..." (conf. mi voto en 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, sentencia del 26/5/2005; en el mismo sentido, "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Cosentino, Alcira Ester c/GCBA s/empleo público —no cesantía ni remuneración—'", expte. nº 6031/08, sentencia del 11/2/2009). Y es que, en general, la determinación del carácter remunerativo o no remunerativo de un rubro salarial obliga al análisis de normas infraconstitucionales, y a la ponderación de circunstancias de hecho y prueba que permitan formar convicción sobre si el adicional cuestionado reviste carácter general y habitual, o —por el contrario— naturaleza selectiva y transitoria.

En el presente caso, la Cámara ha considerado que el rubro salarial cuestionado no posee carácter selectivo y transitorio sino que integra el salario mensual y habitual de los actores, conclusión a la que arribó luego de analizar distintas normas de carácter infraconstitucional —Ley Nacional de Contrato de Trabajo 20.744, Ley local de Relaciones Laborales en la Administración Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires 471—, y ponderar determinadas actuaciones obrantes en la causa como el reconocimiento del GCBA de fs. 434 en cuanto a que el adicional 060 se encuentra incorporado al sistema salarial a partir de noviembre de 2005. Más allá de su acierto o error, ello otorga a la resolución cuestionada suficiente fundamento, dejando sin sustento el agravio relativo a la arbitrariedad de sentencia, y demostrando que la cuestión de autos versa sobre cuestiones de hecho y derecho infraconstitucional.

El recurrente se limita a afirmar que el adicional retribuye en forma "selectiva y transitoria" a quienes cumplen "tareas excelentes", pero no demuestra que efectivamente se haya acreditado en este caso concreto —y respecto de los accionantes— la selectividad y transitoriedad que invoca, ni tampoco explica en qué consisten esas "tareas excelentes". Su argumentación, entonces, aparece como una afirmación dogmática, una mera discrepancia con la conclusión contraria a la que arribó la Cámara.

Por lo tanto, no puede ser acogida favorablemente la invocación de distintas disposiciones constitucionales presuntamente lesionadas (arts. 1º, 14, 17, 19 y 129 C.N., y art. 10 CCBA), pues el recurrente 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, obliga al Tesoro público local a realizar erogaciones pecuniarias imprevistas y además cercena atribuciones propias del poder administrador. Considero que corresponde desestimar este agravio porque parte de una visión rígida e inexacta del principio de división de poderes y de las facultades del Poder Judicial.

El Poder Judicial, en ejercicio de las competencias expresamente conferidas por el plexo constitucional, está obligado a realizar el control de legitimidad de los actos y omisiones estatales. Para un correcto funcionamiento del sistema republicano es imprescindible la existencia de frenos y contrapesos, y en tal sentido el rol que ocupa el Poder Judicial controlando la validez —y no la oportunidad, mérito o conveniencia— de los actos dictados o de las omisiones en que incurran los poderes políticos, constituye una potestad imprescindible e irrenunciable, que naturalmente debe ser ejercida con prudencia. En determinadas circunstancias el ejercicio de dicha potestad judicial implica el dictado de una sentencia que condena al Estado a realizar erogaciones pecuniarias, pero ello es una consecuencia lógica de la actuación jurisdiccional que no la invalida per se, y de hecho al propio legislador porteño ha previsto ese supuesto al diseñar un sistema de ejecución de sentencias que condenan al Estado al pago de sumas de dinero (arts. 395 a 400 CCAyT).

Por lo tanto, resulta aplicable la doctrina sentada en numerosos fallos por este Tribunal, según la cual "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, voto conjunto con los Dres. Ruiz, Muñoz y Maier).

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.

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 demuestra que los agravios articulados en el recurso de inconstitucionalidad comprometan la interpretación y aplicación de cláusulas constitucionales como lo exige el art. 113 inc. 3º reglamentado por la ley 402 o federales según la doctrina del precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "Di Mascio" (*Fallos* 311:2478). 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 (rubro identificado como 060, implementado por los decs. 1302/98, 2552/98 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. El cuestionamiento que el GCBA efectúa a la sentencia recurrida en relación con el carácter remunerativo que en ella se reconoce al adicional establecido por los decretos nros. 1302/98 y 2552/98 encuentra adecuada respuesta en las razones expuestas por el Tribunal en las sentencias dictadas, aunque para suplementos establecidos por normas distintas, en los autos "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Cosentino, Alcira Ester c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni remuneración)'", expte. nº 6031/08, y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Morlan, Fernando Luján c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni remuneración'", expte. nº 6021/08, sentencias del 11/2/2009 y más recientemente en la causa "Lage, María Liliana c/GCBA s/empleo

público (no cesantía ni exoneración) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 6298/08, sentencia del 3/7/2009; que son de conocimiento del recurrente por haber intervenido como parte demandada en los tres juicios, y a los que cabe remitirse por razones de brevedad.

Por lo expuesto voto por el rechazo de la queja planteada por el GCBA.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

El recurso de queja ha sido interpuesto en tiempo, forma y dirige una crítica concreta contra la resolución denegatoria del recurso de inconstitucionalidad.

Comparto los fundamentos expuestos por la señora jueza de trámite Ana María Conde en los considerandos nºs. 3 y 4 de su voto. Por las razones allí desarrolladas, considero que debe declararse admisible la queja y desestimarse el recurso de inconstitucionalidad por improcedente, así voto.

El juez José O. Casás dijo:

1. En mi concepto, la queja y el recurso de inconstitucionalidad articulados por la parte demandada para cuestionar el pronunciamiento de fecha 3 de marzo de 2009 de la Sala II de la Cámara CAyT únicamente en cuanto reconoció carácter remunerativo al adicional por tarea excelente previsto en los decs. 1302/98 y 2552/98 deben prosperar.

En particular, entiendo que la decisión objeto de agravios debe ser descalificada con fundamento en la doctrina de la arbitrariedad de sentencia, tal como postula el GCBA. Ello así, puesto que, para arribar a la solución impugnada, se ha prescindido de los preceptos legales aplicables al caso sin dar razón plausible para ello y, en consecuencia, se ha vulnerado derecho de defensa de la parte demandada consagrado en el art. 18 de la C.N.

2. En lo que interesa a los fines del resolver los recursos interpuestos, el tribunal *a quo* sostuvo que, si bien en el caso no correspondía hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad de aquellas previsiones de los decretos de marras que habían establecido el carácter no remunerativo del suplemento en cuestión, el GCBA no podía desconocer la naturaleza remunerativa del adicional por tarea excelente, de cara a lo dispuesto en el art. 103 de la Ley 20.744 de Contrato de Trabajo y en los arts. 9º, inc. e, y 15 de la ley 471 de Relaciones Laborales en la Administración Pública de la Ciudad, e independientemente de que los decs. 1302/98 y 2552/98 hubiesen dispuesto lo contrario.

En este punto, la Cámara también refirió que, a partir del mes de noviembre del año 2005, en virtud de lo acordado en ciertas negociaciones colectivas, el aludido suplemento pasó a ser liquidado con carácter remunerativo.

3. Ahora bien, resulta relevante destacar que el suplemento por tarea excelente, fijado expresamente con carácter no remunerativo (conf. art. 1º del dec. 1302/98 y art. 1º del dec. 2552/98), fue establecido a favor de determinados agentes pertenecientes a ciertos ámbitos de la Administración (en particular, a los

planteles de Escenotécnicos, de Servicios Auxiliares, de Coordinación Artística y de Archivo Musical dependientes de los Teatros Colón, General San Martín y en la Organización Teatral Presidente Alvear) y se encontraba condicionado al efectivo cumplimiento de ciertas funciones por parte de ese grupo (esto es, al desempeño de tareas transitorias de mayor relevancia y responsabilidad que las correspondientes al nivel escalafonario de cada agente). Es en este contexto que corresponde valorar la fundamentación esgrimida por los jueces de la causa para justificar que, contrariamente a lo dispuesto por el poder ejecutivo en el ejercicio de una atribución propia, el adicional en cuestión debía ser liquidado con carácter remunerativo.

4. En este punto, debe señalarse que el tribunal *a quo* expresamente descartó la declaración de inconstitucionalidad de los decretos involucrados, por considerar tal acto de suma gravedad institucional. Propició, en cambio, acudir a una interpretación armonizadora de los textos legales involucrados.

Sin embargo, en lo que aquí interesa, la Cámara no brindó fundamentación alguna para desconocer e inaplicar lo expresamente dispuesto en el art. 1º del dec. 1302/98 y el art. 1º del dec. 2552/98.

La mención efectuada del art. 103 de la ley 20.744 de Contrato de Trabajo —que define el concepto de remuneración para el contrato de trabajo allí regulado— y de los arts. 9º, inc. e, y 15 de la ley 471 —que reconocen el derecho de los trabajadores de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a una retribución justa, de acuerdo con el nivel escalafonario alcanzado, la función efectivamente desempeñada y la productividad evidenciada en el cumplimiento del trabajo y garantizan el principio de igual remuneración por igual tarea— sin ningún desarrollo argumental adicional destinado a conectar tales disposiciones con la cuestión efectivamente ventilada en el *sub examine*, no representa sustento válido para justificar la inaplicación de las normas reglamentarias correspondientes.

5. Dado que el suplemento implementado a través de los decs. 1302/98 y 2552/98 fue previsto oportunamente por el GCBA con carácter no remunerativo, al no existir en el proceso controversias relevantes sobre aspectos de hecho y prueba, en virtud de lo dispuesto por el art. 31 de la ley 402, resta abordar el planteo de inconstitucionalidad formulado por la actora.

En este punto, advierto que la mención genérica de los arts. 14, 16 y 17 de la C.N., así como del art. 43 de la CCBA, en el caso, no resulta suficiente para demostrar que la aplicación del decreto objetado viole los derechos constitucionales que le asisten a los actores como trabajadores, ni su derecho de propiedad. En otras palabras, aunque participo del criterio según el cual se afirma que los adicionales y/o suplementos excluidos de la "remuneración" deben considerarse excepcionales —y en consecuencia escrutarse con particular estrictez—, la mención aislada de los preceptos constitucionales citados no resulta idónea para acreditar, en este caso, la irrazonabilidad de la reglamentación de la relación de empleo público cuestionada —normativa que goza, en principio, de presunción de legitimidad— [conf. mis votos

in re "Lage, María Liliana c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 6298/08, sentencia del 3 de julio de 2009; reiterado *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Pérez, Mirta Ofelia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 6604/09, sentencia del 25 de noviembre de 2009].

6. Por otro lado, el *a quo* sostuvo que resultaba infundada y debía rechazarse la interpretación propiciada en el caso por el Gobierno, orientada a destacar el pretendido carácter selectivo y transitorio del adicional en cuestión. Sin embargo, cabe aclarar que en estos autos tampoco se advierte que se haya producido y valorado prueba alguna tendiente a demostrar que, por algún motivo, se hubiesen pasado por alto para el otorgamiento del mentado suplemento los condicionamientos especiales establecidos en el régimen que lo regula. En consecuencia, nada obsta a colegir que mientras los accionantes alcanzados por los decretos nºs 1302/98 y 2552/98 percibieron el suplemento por tarea excelente, durante igual plazo cumplieron con los diversos requisitos allí exigidos.

Finalmente, la implementación del nuevo sistema salarial que vino a modificar el modo en que el suplemento por tarea excelente era liquidado, a raíz de negociaciones colectivas posteriores, tampoco autoriza a colegir, al menos automáticamente, una naturaleza del adicional distinta de aquella determinada oportunamente por el GCBA en ejercicio de atribuciones que le son propias.

En virtud de las consideraciones expuestas, corresponde: *a)* hacer lugar a los recursos de queja y de inconstitucionalidad deducidos por el GCBA; *b)* dejar sin efecto la sentencia recurrida en el punto que ha sido materia de agravio; y *c)* rechazar la demanda interpuesta por la parte actora respecto del adicional por tarea excelente establecido por los decs. 1302/98 y 2552/98, con costas en el orden causado, en atención a las especiales circunstancias del caso, donde los trabajadores pudieron creerse con derecho a litigar (art. 62, *in fine*, CCAyT).

Así lo voto.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* que los agravios planteados por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no satisfacen los requisitos establecidos en el art. 27 de la ley 402.

2º. *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 - José O. Casás.*

LXXIII

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'OTEIZA, ÁNGEL MATÍAS Y OTROS C/GCBA S/COBRO DE PESOS'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional.
RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Error procesal.

SUMARIOS:

1. El recurso de queja fue interpuesto en las condiciones de tiempo y forma exigidas por la ley 402, porque el *a quo* atendió la aclaratoria presentada por el GCBA contra el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad y entonces, el lapso insumido para su resolución no consumió el plazo previsto para articular la queja. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

2. El Consejo de la Magistratura carece de competencia para reglar la ley 402, pues de acuerdo a lo dispuesto en el art. 1º de la LPTSJ, son los arts. 27 y ss. de esta última norma —y no la resol. 487/04 del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires— los que rigen el recurso de inconstitucionalidad previsto en el art. 113, inc. 3º) de la Constitución local. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde).*

3. Era tarea del juez de grado, luego de sustanciar el recurso intentado con la contraparte, debió examinar si, en el caso, se cumplían con las disposiciones de los arts. 27 y 28 de la ley 402, pues al fundamentar la no concesión del recurso en lo establecido en la resol. 487/04 CM, impuso al recurrente una exigencia no prevista en texto legal alguno. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde).*

4. El acceso a la vía extraordinaria instada por el demandado, no se logra mediante la sola demostración de que el juez de mérito incurrió en un error procesal —error que en el supuesto de autos resulta imposible negar— sino que es requisito indispensable acreditar que se ha frustrado una vía apta para obtener el análisis de agravios que comprometen la interpretación y aplicación de cláusulas de la Constitución Nacional y/o de la CCBA (art. 27 ley 402). *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

5. El pronunciamiento impugnado, más allá de su acierto o error, indicó que la certificación de la autoridad competente en torno a la inexistencia de deuda por ABL obstaba a un reclamo posterior relativo a ese tributo, sin que en este aspecto el GCBA formulara algún agravio para demostrar que se trata de una conclusión insostenible o bien identificara qué garantía constitucional resultaría comprometida. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces José O. Casás, Ana María Conde y Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. SACAyT nº 6493/09 - 21/4/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Ángel Matías Oteiza y Agustina Oteiza promovieron demanda contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, GCBA) persiguiendo el cobro de la suma de $ 4.174,33, con más los intereses y las costas del proceso. Adujeron que ese importe fue indebidamente retenido por el escribano que intervino en la escritura de compraventa celebrada en el mes de julio de 2006 en concepto de diferencias por contribución de alumbrado, barrido y limpieza correspondientes al período 1º/1/1989 al 31/12/1992 (fs. 21/23).

Contestada la demanda por el GCBA (fs. 26/29), el juez de primera instancia desestimó la excepción de falta de legitimación activa opuesta por el GCBA, con costas; e hizo lugar a la acción interpuesta, con costas (fs. 30/32).

2. Contra esa decisión, el GCBA dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 33/39).

Este recurso —sin previa sustanciación— fue denegado por el juez de grado por considerar que el monto el proceso no superaba el importe establecido mediante la resol. 487/04 CM (fs. 8 y fs. 10).

3. Frente a tal denegatoria es que el GCBA viene en queja ante estos estrados (fs. 12/16 vta.).

Argumenta que lo decidido resulta arbitrario pues: *a)* viola el art. 18 de la C.N., en tanto le impide acceder a la jurisdicción de este Tribunal y, consecuentemente, a una instancia de revisión, vulnerándose de esta forma el debido proceso y la defensa en juicio; *b)* carece de todo apoyo legal, por cuanto crea un requisito no establecido por la ley; y *c)* la normativa en que se fundamenta no resulta aplicable al recurso planteado por su parte.

4. Requerido su dictamen, el fiscal general adjunto propició que se admitiera la queja articulada por la demandada, se dejara sin efecto la decisión recurrida y se remitiera los autos al juzgado de origen a fin de que dicho tribunal sustancie el recurso de inconstitucionalidad y se expida sobre su admisibilidad formal (fs. 43/44).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La queja fue interpuesta en las condiciones de tiempo y forma exigidas por la ley 402. Ello así porque el *a quo* atendió la aclaratoria presentada por el GCBA contra el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (fs. 10) y, entonces, el lapso insumido para su resolución no consumió el plazo previsto para articular la

queja (conf. TSJBA *in re* "Bujman, Adela s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Bujman, Adela c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración'", expte. n° 2498/03, resolución del 18/12/2003; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'D'Urso, Hernán María c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. n° 3007/04, resolución del 12/8/2004 y "Calista, Hugo Luis s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Comisión Municipal de la Vivienda c/Jorge, Miguel Ángel y otros s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)'", expte. n° 4354/04, sentencia del 21/6/2006, entre otros). Además, el recurrente también demuestra que el pronunciamiento de primera instancia a cuya revisión se aspira, al resolver la pretensión de fondo reviste el carácter de definitivo y emana, según las reglas procesales aplicables (art. 219 del CCAyT), del superior tribunal de la causa. Sin embargo, por las razones que expondré y, sin perjuicio de la salvedad que formulo en el siguiente punto, la queja debe ser rechazada.

2. Asiste razón al recurrente en cuanto a que la resol. 487/04 del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires, en que se sustenta la inadmisibilidad del recurso deducido por el GCBA, no resulta aplicable al caso de autos. Ello así, pues dicha normativa, tal como sostiene el recurrente y puntualiza el fiscal general adjunto, se refiere específicamente al "monto mínimo en concepto de capital, a partir del cual será procedente el recurso de apelación contra las sentencias definitivas recaídas en procesos de ejecución" (conf. art. 2º de la citada resolución, el resaltado no pertenece al original). Pero, en el caso, la demanda planteada por los actores no fue de tipo ejecutiva y el recurso interpuesto por el GCBA no fue el de apelación. Por ello, su invocación resultó doblemente desarcertada.

Esta conclusión se ve corroborada por la circunstancia de que el Consejo de la Magistratura carece de competencia para reglar la ley 402. En efecto, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 1º de la LPTSJ, son los arts. 27 y ss. de esta última norma —y no la resol. 487/04 del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires— los que rigen el recurso de inconstitucionalidad previsto en el art. 113, inc. 3º de la Constitución local.

En tal contexto, hubiera correspondido al juez de grado, luego de sustanciar el recurso intentado con la contraparte, examinar si, en el caso, se cumplían con las disposiciones de los arts. 27 y 28 de la ley 402. El *a quo*, al fundamentar la no concesión del recurso en lo establecido en la resol. 487/04 CM, impuso al recurrente una exigencia no prevista en texto legal alguno.

3. De todos modos, según adelanté, el déficit apuntado no conduce a admitir el recurso del GCBA.

En efecto, el acceso a la vía extraordinaria instada por el demandado, no se logra mediante la sola demostración de que el juez de mérito incurrió en un error procesal —error que en el supuesto de autos resulta imposible negar— sino que es requisito indispensable acreditar que se ha frustrado una vía apta para obtener el análisis de agravios que comprometen la interpretación y aplicación de cláusulas de la C.N. y/o de la CCBA (art. 27 ley 402 y *Fallos* 306:480 y 311:2478). Una

sentencia que dispusiera hacer lugar al recurso únicamente sobre la base de que el juez de grado interpretó de manera arbitraria la normativa procesal redundaría en tutelar la garantía de la doble instancia en procesos que, como el de autos, distan de los contemplados en el marco de la previsiones de la CADH y del PIDCyP (v. gr. causas en las que se discute la existencia de un delito). Es decir, una garantía no otorgada ni por la constitución local ni por la nacional. Dicho en otras palabras, como no podría tutelar una garantía a la doble instancia, inexistente por hipótesis, sólo vendría a garantizar una supuestamente recta interpretación de la ley procesal, resguardo ajeno a nuestra competencia (conf. en lo pertinente mi voto en "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).

4. En el caso, ninguna de las presentaciones recursivas planteadas propone agravios que puedan ser tratados en esta instancia.

Las críticas formuladas contra la sentencia que admitió la demanda se apoyan, exclusivamente, en la discrepancia del GCBA con el modo en que el *a quo* valoró los hechos y las pruebas invocadas para fundar la condena resistida. Aunque para construir un caso constitucional o cuestión federal por lesión del derecho de defensa (art. 12 CCBA y 18 C.N.), el demandado denuncia la arbitrariedad del pronunciamiento impugnado, se omite demostrar que la solución dada es una imposible de obtener a partir de la aplicación del derecho vigente a los hechos de la causa. A este respecto, el recurrente no aportó ningún elemento que respalde sus dichos en orden a demostrar que la documental tomada en cuenta en primera instancia (libre deuda, fs. 31 punto VI de la sentencia), no abarcaba la obligación tributaria cuyo pago, indebido según el *a quo*, provocó el progreso de la pretensión articulada en la demanda. El pronunciamiento impugnado, más allá de su acierto o error, indicó que la certificación de la autoridad competente en torno a la inexistencia de deuda por ABL obstaba a un reclamo posterior relativo a ese tributo, sin que en este aspecto el GCBA formulara algún agravio para demostrar que se trata de una conclusión insostenible o bien identificara qué garantía constitucional resultaría comprometida.

Por las razones dadas, y oído el señor fiscal general adjunto, voto por rechazar la queja incoada a fs. 12/16.

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero a la solución propiciada por el señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano y, en consecuencia, por los fundamentos desarrollados en los puntos 1, 2 y 4 de su voto, me pronuncio por rechazar la queja incoada por el GCBA.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. El recurso de queja cumple los requisitos formales exigidos por la ley 402, tal como reseña el Dr. Lozano en el consid. 1° de su voto.

2. El señor juez de primera instancia, al dictar las resoluciones obrantes en copia a fs. 8 y 10 de esta queja, aplicó erróneamente la normativa procesal que regula los requisitos formales del recurso de inconstitucionalidad, y declaró su inadmisibilidad fundada en una argumentación falaz, todo lo cual es puesto en evidencia por el Dr. Lozano en el apart. 2° de su voto —al que me remito y adhiero—. Sin embargo, la existencia del mencionado error procesal no torna automáticamente admisible la queja, ya que este recurso evidencia el mismo defecto del recurso de inconstitucionalidad subyacente: la ausencia de un genuino caso constitucional. Y es que los cuestionamientos del recurrente constituyen una mera discrepancia con la valoración realizada por el juez de mérito acerca de los hechos y pruebas de la causa, cuestiones infraconstitucionales en principio ajenas al ámbito de la presente vía recursiva extraordinaria, sin que haya sido demostrado que la sentencia definitiva atacada presente vicios graves que la descalifiquen como acto jurisdiccional —como destaca el Dr. Lozano en el apart. 4° de su voto, al que me remito y adhiero.

En otras palabras, los argumentos en que se basó el señor juez de primera instancia para declarar inadmisible el recurso de inconstitucionalidad han sido erróneos, pero lo cierto es que dicho recurso igualmente debió haber sido rechazado, aunque por otros fundamentos —ausencia de caso constitucional—. Por estos motivos, y al no concurrir un requisito esencial para la procedencia del recurso extraordinario local, voto por rechazar la presente queja.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Recurso de queja

El recurso fue interpuesto en tiempo y forma y formula una crítica suficiente al auto denegatorio, por lo que corresponde su admisibilidad.

Recurso de inconstitucionalidad

Los argumentos expuestos en el recurso en análisis revelan que el Gobierno no logra introducir una cuestión constitucional.

Comparto las razones que el señor juez de trámite expone en los aparts. 3 y 4 de su voto y con apoyo en esos fundamentos entiendo que el recurso de inconstitucionalidad debe ser rechazado.

Por lo expuesto, voto por *a)* admitir la queja; *b)* rechazar el recurso de inconstitucionalidad e imponer las costas al GCBA.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Rechazar* la queja planteada 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 - José O. Casás.*

LXXIV

"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: Requisitos. Sentencia definitiva. Gravamen irreparable. Citación como tercero del Estado nacional. ENTE ÚNICO REGULADOR DE SERVICIOS PÚBLICOS: Potestad sancionatoria. Multa. Contrato de concesión. Poder de policía.

SUMARIOS:

1. La quejosa no consigue acreditar que el pronunciamiento de la Cámara que resolvió no conceder el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la decisión que rechazó el pedido de citación como tercero del Estado nacional, sea equiparable a una sentencia definitiva, ni que ocasione un gravamen de imposible reparación. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véase voto del señor juez Luis F. Lozano).*

2. A fin de poder equiparar a un pronunciamiento definitivo la decisión impugnada —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— 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 recurso de queja. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

3. 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 y olvida que en ningún momento ha indicado de qué modo la resolución del EURSP/CABA avanzó sobre la interpretación del contrato de concesión ni por qué idéntica necesidad pesaría sobre los jueces que revisen la multa cuestionada. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. Dado que el agravio vinculado a la alegada vulneración del derecho a la doble instancia fue articulado por vez primera en la queja, ello fue producto de una reflexión tardía, lo que impide su tratamiento en esta instancia. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

En su voto la señora jueza Ana María Conde remite a sus fundamentos vertidos en el expte. n° 6081/08 "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.'", sentencia del 4/3/2009, cuyos sumarios se transcriben a continuación:

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).*

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).*

Expte. SACAyT n° 6837/09 - 21/4/2010

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. 594/611) contra la resol. 87/EURSP/CABA/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 por los incumplimientos constatados en los plazos de reparación de las escaleras mecánicas de las estaciones de la Línea "D" 9 de Julio, Pueyrredón y Juramento 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.

En lo que aquí importa, en su recurso de fs. 594/611, Metrovías requirió la citación como tercero del Estado nacional.

Para fundar la solicitud de citación de terceros la empresa afirmó:

i) que (fs. 608 vta./609) "(...) 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. 609) "(...) 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] ello generaría una doble imposición de penalidades por una misma circunstancia...";

iii) que (fs. 609) "(...) 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."; y

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. Al contestar el traslado del pedido de citación de terceros (fs. 575/577 vta.), el Ente Único expresó:

i) que el dec. PEN 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 2608/93 se aprobó el contrato de concesión celebrado entre el Estado nacional y Metrovías y que en el art. 6.4 de tal 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. 576 y vta.) "(...) 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; y

vi) que también median razones de economía procesal.

3. La Sala I rechazó la citación solicitada por la actora (fs. 592/593 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. 593) que "(...) en el *sub lite* solamente se debate la legitimidad de un acto administrativo por intermedio del cual el Ente Regulador de Servicios Públicos le aplicó una sanción en su carácter de concesionario del servicio público de subterráneos de la Ciudad".

Asimismo, consideraron insuficiente el planteo por el cual la recurrente afirma que si la multa es confirmada, se generaría un desequilibrio contractual que posteriormente tendría que compensar el Estado nacional a tenor de las obligaciones recíprocas asumidas en el marco del contrato de concesión. Explicaron (fs. 593) que ello "(...) deberá ser motivo de la interposición de una nueva acción, por las vías y ante los jueces que correspondan, pero nada habrá de decidirse al respecto en el marco de la presente causa".

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.

4. Contra tal decisión, la accionante dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 578/586 vta.).

En primer lugar, la empresa afirmó (fs. 578 vta.) que la sentencia recurrida es equiparable a definitiva pues "(...) veda la participación de los terceros necesarios en la resolución de esta causa, afectando los derechos de defensa y debido proceso tanto de Metrovías como del Estado nacional, e —indirectamente— obstruye la petición de la competencia de la justicia federal".

Asimismo, la recurrente adujo que el pronunciamiento de la Sala I 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 potestades 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. 583 vta.); y

ii) que de ratificarse el acto administrativo impugnado, el accionar del Ente Único generará una turbación de los deberes/facultades de fiscalización del Estado nacional (CNRT), por cuanto "(...) el Ente Único sanciona a Metrovías utilizando valores arbitrarios y duplicando la actuación de la CNRT, desequilibrando indefectiblemente la ecuación económico-financiera del contrato de concesión" (fs. 584 vta.).

5. La Cámara denegó el recurso de inconstitucionalidad de Metrovías (fs. 613 y vta.), lo que motivó la queja que tramita en autos (fs. 625/634 vta.).

6. El señor fiscal general adjunto emitió dictamen a fs. 637/638 vta., propiciando el rechazo del recurso directo.

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La queja presentada por 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 permitiera 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 destaca el señor fiscal general adjunto a fs. 638, 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. 625/634 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 le impuso una multa. Sin embargo, esta cuestión ya fue decidida por el Tribunal en su primer intervención en este proceso en forma desfavorable para Metrovías (resolución del 4/3/2009).

5. Por lo expuesto, voto por rechazar el recurso directo intentado.

El juez José O. Casás dijo:

Coincido con la solución que propician la señora jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz, en su voto y el señor fiscal general adjunto en su dictamen (fs. 637/638 vta.), consistente en rechazar el recurso de queja incoado por Metrovías S.A. a fs. 625/634 vta. Ello así, toda vez 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 4 de marzo de 2009, queja que tramitó bajo el expte. n° 6054/08— 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. Sin embargo, los desarrollos efectuados por la quejosa no resultan hábiles a tal fin puesto que sólo se limitan a reiterar sus argumentaciones favorables a la intervención del Estado nacional en el presente proceso y a instalar nuevamente la pretendida incompetencia del fuero local para tramitar la controversia de autos, sin demostrar la entidad del perjuicio que se invoca a partir de lo decidido.

Por las consideraciones expuestas, corresponde rechazar el recurso de queja articulado por Metrovías S.A. y dar por perdido el depósito integrado a fs. 624.

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Coincido con mi colega, jueza de trámite Dra. Alicia E. C. Ruiz, 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 utilizad[a] (...) para denegar la competencia federal (...) generando de esa manera un agravio irreparable" frustratorio de la garantía del "juez natural" (fs. 631 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 (fs. 627 vta.). Por lo tanto, el recurso no muestra que el fallo atacado sea el que importa 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. 629/631) 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. 87/EURSP/CABA/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 EURSP/CABA 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.

4. Finalmente, el agravio vinculado a la alegada vulneración del derecho a la doble instancia (fs. 633/633 vta.) fue articulado por vez primera en la queja. En tales condiciones, fue producto de una reflexión tardía, lo que impide su tratamiento en esta instancia.

5. 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. 625/634 vta.

La jueza Ana María Conde dijo:

La presente cuestión resulta sustancialmente análoga a la resuelta en "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.'", expte. n° 6081/08, sentencia del 4/3/2009, cuya copia deberá ser agregada por secretaría para formar parte de este pronunciamiento.

Por los argumentos allí expuestos, a los que me remito por razones de brevedad, considero que no existe sentencia definitiva o equiparable ni caso constitucional alguno que justifique la intervención de este Tribunal en esta oportunidad. Por tal motivo, voto por rechazar la presente queja.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar l*a queja planteada por Metrovías S.A.

2º. *Agregar* a este expediente copia de la sentencia dictada por el Tribunal en los autos "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.'" (expte. nº 6081/08), de fecha 4 de marzo de 2009, como parte integrante del voto de la jueza Ana María Conde.

3º. *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 - José O. Casás.*

LXXV

"SERVICIOS INTEGRALES S.A. C/GCBA S/CONTRATO DE OBRA PÚBLICA S/RECURSO DE APELACIÓN ORDINARIO CONCEDIDO"

RECURSO ORDINARIO DE APELACIÓN: Requisitos. CONTRATO DE OBRA PÚBLICA: Rescisión. Refinanciación del acuerdo. Retraso en el pago de los certificados de obra. Suspensión de la obra. Inflación. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO: Obrar culposo de la Administración. Caso fortuito. Fuerza mayor. Teoría del riesgo. TASA DE INTERÉS: Mecanismo de actualización. Consolidación de deuda. Pérdida de chance. Afectación de la capacidad técnica y financiera de la empresa.

SUMARIOS:

1. La admisibilidad del recurso ordinario de apelación requiere que la Ciudad sea parte; que el valor debatido ante esta instancia sea superior a $ 700.000, y que la impugnación se dirija contra una sentencia definitiva. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. Si bien es cierto que en el Acuerdo de Modificación y Refinanciación celebrado entre la empresa y la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires se preveían distintas consecuencias según se tratara de incumplimientos en la cancelación de la deuda anterior o de retrasos en el pago de los nuevos certificados emitidos por los trabajos a realizarse, ello no resulta suficiente para invalidar la interpretación del contrato efectuada por los jueces de la causa con la finalidad de determinar si existieron conductas relevantes de la Administración que justificaron, en primer término, la paralización de los trabajos decidida por la empresa y, con posterioridad, su pedido de rescisión contractual ante los tribunales. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

3. La decisión tomada por la actora no puede reputarse antijurídica, porque la suspensión de las obras estuvo amparada por los términos del Acuerdo que regía específicamente el punto, al cual se arribó a partir una negociación que no fue tachada de ilegal y que se traduce en la aceptación de diversas concesiones recíprocas asumidas por las partes para lograr la continuidad del contrato, donde las partes sopesaron y consensuaron los términos en los que correspondía establecer las circunstancias que justificarían la hipotética decisión de suspender los trabajos y ninguna aclaración en cuanto a la mayor o menor extensión de la mora se plasmó en el pacto. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

4. Si se tienen en cuenta los términos expresos del Acuerdo pactado, la comunicación previa donde se notificó a la comitente la disminución del ritmo de tareas cuya autenticidad no ha sido negada por la demandada y la demora de 15 días en el pago de —cómo mínimo— dos certificados que debían cancelarse dentro de los 20 días corridos contados a partir de su presentación, en el marco una economía

deteriorada por la inflación, la decisión de suspensión de las obras adoptada por la empresa no parece haber sido tomada de manera desaprensiva. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

5. Los agravios esgrimidos no constituyen una crítica concreta y razonada del fallo recurrido, decisión que, más allá de su acierto o error, contiene un desarrollo argumental expreso — concordante con lo decidido por el juez de grado— a la hora de encuadrar la peculiar situación planteada en autos en la causal de rescisión prevista en el art. 53 inc. d) de la LOP, con la puntual aclaración efectuada para explicar que, en este tipo de contratos, la fuerza mayor puede abarcar una conducta extraordinaria, imprevisible, inevitable e irresistible, pero atribuible a la propia Administración, es decir, que no resulta ajena a las partes (art. 39, LOP). *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

6. La demandada no se ha ocupado de rebatir de manera concreta y razonada el desarrollo argumental de los jueces de la causa que hicieron hincapié en que el art. 39 de la LOP, al regular los supuestos de pérdidas, averías o perjuicios que admiten una indemnización en favor del contratista, asimila en cuanto a sus consecuencias las causales de obrar culposo de los empleados de la administración con las de caso fortuito o fuerza mayor, aclarándose además que quedan abarcados por estos dos últimos conceptos aquellos efectos que tengan causa directa en actos de la administración pública no previstos en los pliegos de licitación —inc. a)—. (art. 39, LOP). *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

7. En la interpretación del régimen legal que surge del art. 39 de la LOP aplicable los jueces de la causa han sostenido que la limitación que suprime la indemnización de los gastos improductivos que se probare tener como consecuencia de la rescisión del contrato para los supuestos de fuerza mayor sólo puede encontrarse justificada en aquellos casos típicos en los que el factor extraordinario que perturba la ecuación económico-financiera del contrato resulta extraño a las partes, supuesto en que la LOP parece atribuir responsabilidad al Estado sobre la base de la teoría del riesgo; y agregan que si por el contrario, se demuestra que la responsabilidad surge con motivo de algún hecho, acto u omisión atribuible al Estado —aun subsumido formalmente en una situación de fuerza mayor—, por aplicación de las reglas generales que regulan la materia, ella, en principio, debe responder por el daño emergente sin las limitaciones del último párrafo del art. 54 LOP. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

8. La diferenciación destacada por los magistrados para reconocer en la indemnización el rubro referido a los gastos improductivos, más allá de su acierto o error, impide atribuir al pronunciamiento apelado conceptos contradictorios, teniendo en cuenta también el tratamiento del apuntado rubro que surge de los términos expresos de la última parte de la cláusula novena del contrato suscripto entre las partes, con lo cual la tacha de arbitrariedad formulada por el GCBA carece de

sustento. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

9. Asiste razón al recurrente en cuanto a que a partir de la vigencia de la ley 23.928, la tasa de interés aplicable no puede contener un mecanismo de actualización del capital adeudado, quedando sin efecto los establecidos, aun contractualmente, con anterioridad, y el hecho que la norma sea de orden público enfatiza el carácter ineludible de su aplicación, sin que puedan oponérsele las razones de equidad invocadas por el juez de primera instancia para arribar a la decisión recurrida. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

10. El agravio del GCBA relativo a que la sentencia no consideró que la deuda reclamada estaba consolidada, de conformidad con lo establecido por la ley 23.982, y la pretensión de consolidar en el Estado nacional el monto de la condena pierde de vista que esa decisión implica sustituir al deudor y constituir a la Nación Argentina en el sujeto responsable de cancelar ese pasivo, pues bajo ningún aspecto es posible imponer al Estado nacional el pago de una deuda que, en principio, estaría en cabeza del GCBA. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

11. No acierta el GCBA al cuestionar encontrarse en mora en el pago de los certificados de obra —que nunca fueron cancelados—, atribuyendo al actor no haber sido diligente para su cobro, pues en tanto deudor no anotició al acreedor su disposición de cancelar la deuda y para que proceda la mora del *accipiens*, el deudor debe intimarlo a recibir el pago, lo que no sucedió. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

12. El agravio de la empresa relativo a la pérdida de chance y los perjuicios causados por la afectación de su capacidad técnica y financiera por mayor plazo que el establecido en el acuerdo no puede ser admitido pues no se ha demostrado que existieran, en el lapso de afectación, otras convocatorias para la realización de obras, en las que la actora no pudo participar en atención a los porcentajes afectados por esta obra. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

13. La actora se agravia por el rechazo de la demanda en cuanto al mayor costo financiero reclamado, pero las operaciones numéricas practicadas no acreditan la relación de causalidad entre el mayor costo del endeudamiento de la empresa y las obligaciones impagas o retrasadas por el Estado, y no basta con exhibir el incremento de su deuda, sino que debió demostrar que ello era sólo debido a la inconducta de su co-contratante, y no a otras causas vinculadas con el giro de la empresa (art. 301, CCAyT). *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

14. Si bien el GCBA extremó su incumplimiento al punto de permanecer impagos ciertos certificados 18 años después de la fecha en que debieron cancelarse, esa inconducta, grave por cierto, no es suficiente para justificar la ampliación exponencial de la deuda, de modo que razones de prudencia y justicia llevan a reajustar la condena dentro del margen que permite el ordenamiento jurídico, ya que resulta imprescindible respetar el derecho de defensa en juicio que le asiste a la actora y, pese a que la demandada no ha reclamado de modo expreso como petición subsidiaria una reducción en el monto de la indemnización acordada, lo cierto es que este argumento puede entenderse como razonablemente comprendido en los términos de los distintos planteos defensivos esgrimidos por ella desde el inicio del proceso. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

Expte. SACAyT nº 6616/09 - 21/4/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. INMAR S.A. inició el 13/12/1995, ante la justicia nacional en lo Civil, una demanda contra la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante MCBA) para que se declarase la rescisión por culpa de la Administración del contrato de obra pública que suscribieran el 10/1/1989 para la realización del "Plan 3RR.15 de Reacondicionamiento de Pavimento" (expte. nº 97.821/87). Requirió asimismo que se condenase al Estado local a abonar la deuda impaga, tanto la de fecha anterior como la posterior al 1º/4/1991, y los daños y perjuicios derivados del incumplimiento. Además pidió que se ordenara la recepción provisional de los trabajos realizados y que se le restituyera el automóvil retenido por la comitente (fs. 56/63). Mediante un escrito posterior, modificó la petición en relación al vehículo, estimó en $ 10.000 (diez mil pesos) la reparación por la privación de ese bien y dejó sin efecto la pretensión de devolución del automotor (fs. 72/73). En consecuencia, el monto total demandado quedó determinado por la accionante en la suma de $ 276.117,88 (doscientos setenta y seis mil ciento diecisiete pesos con ochenta y ocho centavos) (fs. 72 vta.).

Relató que el 8/4/1988 la MCBA licitó una obra para mejorar los pavimentos y desagües pluviales de 48 cuadras en el barrio de Flores, de la que INMAR SA resultó adjudicataria. El contrato ascendió a la suma de A 4.926.561,49 (cuatro millones novecientos veintiséis mil quinientos sesenta y un Australes con cuarenta y nueve centavos).

El 1º/12/1990 INMAR S.A. y la MCBA celebraron un acuerdo de modificación de contrato y refinanciación de la deuda de la MCBA con la actora (fs. 4/6 vta.), ratificado por el Intendente municipal mediante dec. 6904/90 (fs. 7).

En el nuevo convenio la MCBA reconoció la deuda con INMAR S.A. existente a esa fecha y las partes acordaron una quita del 40 %. Allí se estableció que el monto resultante como deuda neta —A 892.803.644,22 (ochocientos noventa y dos millones ochocientos tres mil seiscientos cuarenta y cuatro Australes con veintidós centavos)—, consolidado al 31/7/1990, sería cancelado en 9 cuotas mensuales a partir del 31/1/1991. La cláusula sexta del convenio establecía que ante el incumplimiento total o parcial de las obligaciones asumidas por la demandada, la actora podía optar por exigir su inmediato cumplimiento o, ante la falta de pago reiterada, considerar inmediatamente exigible el total del capital de la deuda neta, con más su actualización e intereses punitorios.

Afirmó la actora que, en virtud de la cláusula novena del convenio, se estableció que si la MCBA incurría en falta de pago de los nuevos certificados, la empresa tendría derecho a suspender la obra y prorrogar automáticamente los plazos de ejecución pactados. INMAR S.A. señaló que se aprobó un nuevo plan de tareas y un nuevo plazo para la ejecución de los trabajos restantes, cuyo inicio se fijó para el día en el que la MCBA realizara el primer pago de los pagares mencionados. Expresó en la demanda que en febrero de 1991, al reiniciarse los trabajos, surgió que la zona que originalmente había sido adjudicada a la actora, habría sido otorgada a otra empresa para que realizara tareas similares a las previstas en el contrato de INMAR S.A., por lo que en apariencia se superponía la traza del trabajo. Esta situación, para la actora, significaba que la MCBA desconocía el contrato, circunstancia que calificó como grave anormalidad en nota cursada al municipio (fs. 42/43). Además, debido a reiterados incumplimientos en los pagos, el 8/5/1991 la empresa comunicó fehacientemente a la MCBA que paralizaría la obra por aplicación de las cláusulas 5ª y 9ª del Acuerdo. INMAR S.A. refirió haber expuesto reiteradamente sus reclamos ante la MCBA sin que se le diera respuesta razón por la cual las obras siguieron paralizadas y ella sólo percibió parte de la deuda establecida en el convenio.

2. La demandada planteó varias defensas: caducidad de la instancia (fs. 103/104 vta.), excepciones de prescripción y defecto legal y caducidad del derecho y de la acción (fs. 126/132). El juzgado civil interviniente rechazó el planteo de caducidad de la instancia (fs. 120/ vta.), la excepción de defecto legal y el planteo de inconstitucionalidad de la ley 24.447 y difirió la resolución de los planteos de prescripción y caducidad al momento de dictar la sentencia definitiva (fs. 163/165).

3. A fs. 136/138 y 144/151 vta. se comunicó que Inmar S.A. había cedido a Servicios Integrales S.A. (en adelante S.I.S.A.) los derechos y acciones emergentes del presente proceso.

4. El GCBA contestó la demanda (fs. 211/235). Allí admitió la existencia del contrato suscripto el 10/1/1989 y manifestó que con fecha 1º/12/1990, ante la emergencia económica que imperaba en el país, la accionante y la ex MCBA celebraron un Acuerdo de Modificación y Refinanciación del contrato, con arreglo al principio de sacrificio compartido. Sostuvo que la demandante interpretó en forma errónea el

acuerdo, ya que éste no la autoriza a paralizar las obras amparándose en las cláusulas 6ª y 9ª. Expresó que el Acuerdo regulaba en forma diferente dos situaciones. Por una lado, el Capítulo I (que incluye las cláusulas 5ª y 6ª) se refería exclusivamente a la refinanciación de la deuda por trabajos realizados antes de la renegociación; y preveía que el incumplimiento o atraso en los pagos de los documentos indicados en la cláusula 5ª habilitaba, en el peor de los casos para la MCBA, a que la actora le exigiese la totalidad de la deuda con más sus intereses en forma inmediata (cláusula 6ª). Por otro, el Capítulo II trataba sobre las condiciones que regularían la relación a partir de la reanudación de los trabajos; para ello se estipuló que la actora tendría derecho a suspender la obra en caso de atraso en el pago de los certificados de obra (cláusula 9ª). Sobre esa base, sostuvo que los incumplimientos del comitente que permitían a la actora paralizar la obra eran los atrasos en el pago de certificados de obra en ejecución, y no los supuestos atrasos en el pago de los pagarés.

Destacó que cuando la empresa comunicó la suspensión de los trabajos (8/5/1991) el atraso en los pagos afectaba a la deuda anterior refinanciada, y que la mora en el pago de los certificados era de sólo 14 días en el pago del certificado de obra nº 1, lo que no habilitaba a paralizar las tareas pues no conllevaba para el contratista un sacrificio especial para continuar con la obra.

El GCBA agregó que la demanda se fundó en el art. 53, inc. b), de la Ley de Obra Pública, pero que esa ley no contempla el incumplimiento en los pagos como una de las causales de rescisión.

La demandada se opuso a la procedencia de todos los rubros que se incluyeron en la demanda, por entender que no se configuraron los motivos que hubiesen permitido a la actora paralizar la obra en cuestión. En relación a la "Actualización e intereses en el pago de certificados fuera de término", expresó que la actora había reconocido el cobro tanto de certificados como de mayores costos pero que no constaba que ella hubiera hecho reserva alguna en el plazo previsto por el dec. 4988/77 para pretender el cobro de actualización alguna; circunstancia que vedaba la procedencia de su pretensión. En cuanto al "Reclamo por certificación impaga", referido a los certificados nºs 2 y 3, el GCBA expresó que había emitido la orden de pago nº 59, pero que, al no haber sido percibida por la actora, ella había sido anulada y, posteriormente, la suma correspondiente para su pago había sido desafectada del presupuesto (fs. 407/415, carpeta nº 31.771/91 y acumulados). Objetó asimismo que la actora hubiese liquidado separadamente varios rubros que constituyen un rubro genérico. Se opuso al reclamo por "privación de uso y desvalorización del vehículo", en tanto el automóvil debía encontrarse a disposición de la Inspección de Obra hasta la recepción definitiva de la obra o la resolución del contrato, hechos que no han acaecido. También rechazó el pedido de la actora de aplicar intereses a la tasa activa pues consideró que, incluso en el caso que éstos fueran procedentes, debería aplicarse la tasa pasiva.

5. Radicadas la actuaciones en la justicia local (fs. 290), y cumplidas las etapas procesales pertinentes, el juez de primera instancia dictó sentencia favorable a la actora (fs. 940/955 vta.).

En primer término, rechazó la excepción de prescripción y la caducidad planteadas a fs. 126/132 en los términos de la ley 24.447 (arts. 25, 26 y 27).

En cuanto al fondo del asunto, declaró la rescisión por culpa de la demandada del contrato de obra pública celebrado el 10/1/1989 entre INMAR S.A. y la ex MCBA (copia a fs. 1/2 del Expediente Administrativo —EA— 97.821/87), efectuó la recepción definitiva de las obras practicadas hasta ese entonces y ordenó la indemnización de los rubros que consideró pertinentes.

En particular, el *a quo* consideró que, en tanto en la renegociación del contrato acordada el 1º/12/1990 se había estipulado el carácter indivisible del acuerdo, los incumplimientos de las obligaciones de cualquiera de sus capítulos permitía al contratista suspender la obra. Sobre tal base, estimó que INMAR S.A. había actuado conforme a derecho al suspender las obras el 8/5/1991, de acuerdo con lo establecido en cláusula novena.

Luego, se adentró en la consideración del planteo rescisorio formulado por la actora. En este punto, expresó que "el contrato como tal está 'rescindido' en los hechos, pues ninguna de las partes pretende que se cumpla el objeto original del pacto, y éste hoy sólo las entrelaza para delimitar la responsabilidad de cada una de ellas en los sucesos que acarrearon ese resultado concreto, y sus efectos jurídicos y económicos" (fs. 944). Asimismo, el juzgador sostuvo: "en el caso hubo una larga serie de incumplimientos por parte de la Administración, que tornaron 'razonablemente' imposible la continuación del contrato.// Además de ello, estimo también que la conducta general del comitente, ya desde antes del acuerdo de diciembre de 1990, y que se prolongó durante su breve vigencia y continuó aún después, debe calificarse no sólo como morosa sino también negligente y con escasa o nula preocupación para resolver las cuestiones pendientes.// Obsérvese que los Certificados de Obra Nº 1 y Nº 1 Convenio CP, cuya mora en el pago dio lugar a la paralización de la obra, se abonaron recién el 4/10/1991, o sea 164 días después de su vencimiento y cuando los trabajos ya llevaban cinco meses de suspensión (*supra*, XI.3.4. y XI.3.5.) y los dos últimos certificados (Nº 2 y Nº 3, *supra*, XI.3.6. y XI.3.7.) están aún impagos. En ese lapso, nada hizo la Administración, aunque conocía la paralización, al menos desde el 20/5/1991, y pese a los repetidos reclamos de la actora, que incluso ofreció inicialmente continuar la obra (véase *supra*, XI.4. y XI.6).// De esta forma, la visión global del panorama que se fue conformando a lo largo de 1991 en las relaciones jurídicas entre las partes, condimentado con los previos antecedentes, indica que se arribó a un claro caso de ruptura de la buena fe contractual, provocada por varias omisiones del comitente en el cumplimiento de sus deberes" (fs. 946 vta.).

Ante las "peculiaridades poco típicas" del caso, en la sentencia se dispuso aplicar las reglas de rescisión que prevé la LOP. De tal forma el magistrado expresó: "(e)n razón de todo lo expuesto, estimo que el contrato de obra pública que nos ocupa debe darse por rescindido, por razones de fuerza mayor que tornaron razonablemente imposible su cumplimiento, por culpa de las omisiones en que incurrió el comitente (arg. arts. 53, inc. d, y 39, LOP), causal que se hizo manifiesta

el 8/8/1991, o sea cumplidos tres meses de efectiva paralización de las obras (arg. art. 53, inc. c, LOP)" (fs. 947/vta.). Por similares razones, tuvo igualmente "por recibidas las obras efectivamente realizadas, a los fines previstos en la ley (Capítulo VI, arts. 40 y ss., LOP), recepción que dado el tiempo transcurrido, debe tenerse por definitiva" (fs. 947 vta.).

6. En cuanto a la indemnización reclamada por la actora, el juez admitió ciertos rubros y rechazó otros.

En la sentencia se hizo lugar al reclamo de intereses por mora en el pago de las cuotas por deuda preexistente establecidas en el Capítulo I del convenio de diciembre de 1990, así como el de intereses por mora en el pago de certificados de obra de tareas realizadas en virtud del Capítulo II de ese mismo convenio. Se admitió que los documentos correspondientes a las cuotas nos 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9 establecidas en la cláusula quinta del acuerdo para cancelar la deuda previa consolidada se pagaron con mora, y ello justificaba aplicar la tasa activa, no regulada, del Banco de la Ciudad de Buenos Aires hasta el día del efectivo pago, que fuera acordada por las partes en el convenio. Además se redujo el interés punitorio del 20 % mensual pactado por las partes al 3 % mensual "que se estima razonable, por su naturaleza penal y porque es, además, el que aplica el Fisco a las deudas de los contribuyentes" (fs. 948 vta.).

En cambio, se rechazó el planteo referido a diferencias ocasionadas por el pago en mora de los certificados nº 11 básico, nº 11 C.O. y nº 11 C.P; nº 1 Convenio Básico; y nº 1 Convenio C.P. ya que INMAR S.A. no efectuó en tiempo oportuno y debida forma el reclamo que preveía el dec. 4988/1977.

En cuanto a los certificados de obra nos 2 y 3, se condenó al GCBA a pagarlos con intereses de acuerdo a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina para el descuento sobre certificados de obra, que era el previsto en las normas generales y particulares que rigieron el contrato (art. 48 LOP y Punto 1.12.6., último párrafo, del Pliego de Condiciones Generales).

En relación a los daños y perjuicios causados por la rescisión, INMAR S.A. reclamó diversos rubros. Se admitió la procedencia del rubro "improductividad empresaria" considerada como "gastos improductivos", a pesar de que la LOP excluye su aplicación cuando el contrato se ha rescindido por caso fortuito o fuerza mayor (conf. art. 53, inc. d, LOP). Se fijó la suma debida a la fecha de la demanda mediante la aplicación del promedio entre tasa activa y tasa pasiva en $ 865.261.

Por su parte, se rechazó el rubro "mayor costo de financiamiento", por no haberse acreditado debidamente la relación entre el incremento del endeudamiento de la empresa y la deudas impagas por la ex MCBA; y por no haberse indicado y probado qué bienes se debieron realizar para financiar el giro de la empresa.

También se rechazó el pretendido resarcimiento por la afectación de la capacidad técnico-financiera de la empresa ante el Registro Nacional de Constructores de Obras Públicas. Sobre este punto, la actora adujo que la prórroga del plazo de ejecución de la obra y luego su paralización total habían provocado la alegada afectación por un período largamente superior a los ocho meses previstos contractualmente

y que ello había ocasionado que disminuyeran las posibilidades de INMAR S.A. de acceder a otras licitaciones o contratos que requirieran un saldo superior al que poseía. Sin embargo, en lo que a esta cuestión respecta, el juez expresó que "al no haberse acreditado las 'chances' supuestamente perdidas, ni haberse precisado con la claridad necesaria la afectación que se alega o su real significación dineraria, estimo que (…) no cabe admitir esta parte de la demanda".

Sí se admitió la demanda en cuanto a los "gastos adicionales no compensados" (erogaciones que realizó la actora como consecuencia del doble traslado de materiales, pérdida de materiales en planta y manipuleo, y desarme y traslado anticipado de hormigón, balanza y otras instalaciones) por la suma de $ 154.878, al día de la demanda.

También se hizo lugar al pago del rubro "gastos generales e indirectos" por la suma de $ 743.945 a la fecha de la demanda.

El juez rechazó el pago por las pólizas de seguro de caución pues no se brindó prueba alguna que expresara la prima pagada.

Por el contrario, se hizo lugar al importe de los fondos de reparo retenidos, por un monto histórico de $ 70.484,08, que deberá ser actualizado —y que provisoriamente se fijó en la suma de $ 237.390.

En cuanto al reclamo por el vehículo Volkswagen 1500, se condenó a la demandada a abonar a la actora el valor actual de un vehículo de características similares al dado, de tres años de antigüedad (enero de 1989 a fines de 1991); monto que debería ser determinado en la etapa de liquidación definitiva con más intereses compensatorios.

7. El fallo fue apelado por ambas partes: la actora, a fs. 957 y el GCBA, a fs. 963.

En su expresión de agravios (fs. 991/1001 vta.) el GCBA sostuvo:

a) que fue errónea la interpretación de los hechos efectuada en la sentencia apelada, ya que sólo habilitaba la suspensión de las tareas la mora en el pago de certificados, no así de los pagarés por la deuda anterior. Concluyó en que la mora de 14 días en el pago de un certificado no justificaba la paralización de las obras dispuesta por la actora;

b) que no resultaba aplicable el art. 53 inc. c) de la LOP, y por tanto no puede considerarse configurada la causal de fuerza mayor;

c) que la tasa de interés aplicable (activa del BCBA) más un 3 % de interés punitorio mensual, era una pauta que correspondía a una etapa de hiperinflación y que no podía ser aplicada en la actualidad;

d) que la demandada no podía ser considerada morosa en relación a los certificados 2º y 3º ya que el pago de éstos había sido autorizado y la actora no se había presentado a reclamarlos;

e) que no procedía contemplar gastos improductivos tal como lo establece el art. 54 inc. f) del de la ley 13.064 si se había encuadrado la rescisión en el art. 53, inc. d) de la aludida norma;

f) que la suma contemplada en concepto de fondo de reparo contenía un doble cálculo en los certificados 2º y 3º;

g) que la condena a indemnizar el valor del automóvil no tuvo en cuenta que el rodado VW entregado sigue siendo de titularidad de la parte actora;

h) que es errónea la actualización de las sumas al momento del inicio de la demanda, toda vez que la deuda se encuentra consolidada y le son aplicables las prescripciones de la ley 23.982.

A su turno, la actora señaló en su expresión de agravios (fs. 1003/1010 vta.) que: los rubros afectación de la capacidad técnico-financiera y el mayor costo de financiamiento fueron incorrectamente rechazados, pues existió efectivamente un mayor endeudamiento de la empresa como consecuencia de los incumplimientos de la ex MCBA.

Las partes contestaron los respectivos traslados de los memoriales de agravios (fs. 1012/1023 y 1025/1027).

8. La Sala II de la Cámara CAyT resolvió "Confirmar el decisorio de grado de fs. 940/955 vta. en todo lo que fuera materia de agravio, con excepción del rubro '14.4. Vehículo Volkswagen 1500 B' del que deberá deducirse el valor del rodado VW 1500 en la etapa de liquidación conforme las pautas previstas en dicho considerando (14.4.). Con costas por su orden (art. 62 CCAyT)" (fs. 1029/1045).

Para así decidir, el juez Centanaro —quien votó en primer término y a quien, en lo sustancial, adhirieron los jueces Russo y Daniele— partió del agravio del GCBA referido a la errónea interpretación del contrato en cuanto a las implicancias del carácter "indivisible" postulado en su encabezamiento. Coincidió con la interpretación efectuada por el juez de primera instancia y agregó que "lo cierto es que la ex Municipalidad ha sido recurrente en incumplir con las obligaciones a su cargo. En efecto, parte de estos incumplimientos fueron los que motivaron el acuerdo de modificación y refinanciación a fin de reconducir la contratación. Asimismo, basta apreciar el pago tardío de las cuotas 3 a 9 que fueran colocadas en resalto por el perito contador y luego por el sentenciante, para advertir que todos los pagos se hicieron en mora.// De igual manera el certificado de obra Nº 11 (5 días de mora), el certificado de mayores costos Nº 11 CP (5 días de mora), el certificado de mayores costos Nº 11 CO (5 días de mora), el certificado de obra Nº 1 (164 días de mora), el certificado Nº 1 Convenio CP (108 y 164 días de mora) y los certificados Nº 2 y 3 impagos a la fecha de la pericia.// Esto es, se ha demostrado inequívocamente la recalcitrante voluntad de incumplir con la obligación de pago de precio (pagarés y certificados) por parte de la ex Comuna. Pues, no solo ha efectuado pagos en forma tardía (y más allá del eventual efecto de purga de la mora ante la aceptación de los pagos que no ha sido objeto de cuestionamiento) sino que existen certificados aún sin abonar (...)// (...) la virtualidad de la contratación ante los valores en juego dependía justamente del correcto cumplimiento de las partes respecto de las prestaciones adeudadas a fin de permitir un adecuado equilibrio contractual.// Ante ello, un accidentado cumplimiento o la simple inobservancia de éste para las obligaciones

emergentes del contrato deviene en un claro desequilibrio que no resulta ajustado ni equitativo para ninguno de los contratantes. Hasta aquí sólo la Municipalidad de Buenos Aires fue la que incurrió en estas faltas por las que ahora se reclaman, de modo que no se deduce como equivocada o contraria a derecho la actitud tomada por el contratista respecto de la paralización de las obras.// Tal conducta, analizada desde un punto de vista de los efectos de los contratos, tendía a dilatar el cumplimiento de la empresa contratista hasta tanto y en cuanto el Municipio abonara el monto adeudado en concepto de precio (...)" (fs. 1035 vta./ 1036).

Encuadró el accionar de la actora en la excepción de incumplimiento contractual reglada en el art. 1201 del Cód. Civil, que consideró aplicable a los contratos administrativos, aunque recordó que en estos contratos "esa solución debe ser aplicada a situaciones extremas, en las cuales exista o bien imposibilidad absoluta de cumplir, o en la opiniones más moderadas una razonable imposibilidad de cumplir". En particular para este caso señaló que "más allá de la discusión en la que se centra la parte demandada acerca de la interpretación del contrato, que insisto con la adecuación armónica y contextual del instrumento, lo cierto es que cualquier tipo de discusión es dejada a un lado a partir de la aplicación del instituto de la *exceptio non adimpleti contractus*. Pues ante las reiteradas faltas del Estado local en las obligaciones de pago de precio, que además merecieron un acuerdo de modificación y refinanciación, a partir del cual se registraron nuevos incumplimientos, hace procedente la aplicación de la mentada facultad" (fs. 1037 vta./1038). El magistrado señaló luego que "aquí procede la resolución contractual por inejecución de la prestación a cargo del Estado local en tiempo oportuno", situación que encuadró en el art. 53 inc. d) de la ley 13.604; interpretado en conjunto con el art. 39 de la ley. Efectuó también ciertas precisiones en cuanto a que la "falta de pago estaría más bien vinculada al inc. "c" del art. 53 que prevé la resolución, 'Cuando el contratista se vea obligado a suspender las obras por más de tres meses, o a reducir el ritmo previsto en más de un 50 % durante el mismo período, como consecuencia de la falta de cumplimiento en término, por parte de la administración, de la entrega de elementos o materiales a que se hubiera comprometido...'. Puesto que si bien alude a la entrega de los elementos o materiales comprometidos, debería entenderse también aquí comprendidos los casos en que la inactividad del Estado local se basa en la falta de entrega o hecho positivo que permita la prosecución de la obra" (fs. 1038).

Señaló que sea por la vía de la rescisión establecida en la LOP o por la del 1201 del Cód. Civil, "el cumplidor, en el marco de un contrato con prestaciones recíprocas, puede exigir a su contraparte no solo el cumplimiento de la prestación que este último adeuda sino también habilita —para el caso— el planteo de resolución del contrato como medio de extinción del mismo y por responsabilidad del deudor de la obligación, más los daños y perjuicios generados en consecuencia. En la especie, como se dijo, se trata del ejercicio de la facultad resolutoria que tiene sustento en la misma ley de obra pública con fundamento en los arts. 1203 y 1204 del Cód. Civil y que, en esta instancia, habilita la resolución contractual"

(fs. 1038). Con tales fundamentos, rechazó los agravios del GCBA referidos a la extinción del vínculo contractual.

En cuanto a los cuestionamientos formulados por el GCBA a raíz de la aplicación de la tasa activa a la deuda con causa en las obligaciones asumidas en el convenio de diciembre de 1990 y, correlativamente, por la no aplicación en la sentencia de las normas contenidas en las leyes 23.928 y 25.561, el juez Centanaro sostuvo que "si bien la ley 23.982 resulta vigente a la fecha de este pronunciamiento, cabe apuntar que no es aplicable al ámbito local, toda vez que es la misma Ciudad Autónoma de Buenos Aires quien debe dar cumplimiento a sus propias obligaciones y, siendo que la Ley de Consolidación es ajustada al Estado nacional y a las Provincias que adhirieron al sistema, excede claramente su posibilidad de emplearla a este tipo de casos. Por lo expuesto, cabe concluir que no resulta de aplicación la ley 23.982." (fs. 1040/vta.).

También rechazó el planteo del GCBA en el que se sostenía que su parte no estaba en mora en el pago de los certificados nos. 2 y 3. Señaló que el GCBA no había demostrado que el acreedor hubiese sido "notificado o colocado a disposición de la aquí demandante tal suma, máxime cuando a posteriori fue anulada la mentada orden de pago (...). Por tanto, al no haberse abonado en el tiempo oportuno los certificados que resultan objeto de discusión y al no demostrarse que exista razón alguna reprochable a la parte actora, es que corresponde confirmar el rubro" (fs. 1040 vta.). En cuanto al agravio del GCBA referido a la condena a abonar "gastos improductivos", el magistrado afirmó que el gasto determinado por la paralización de la obra que se produjo debido a la conducta estatal se debía indemnizar "sobre la base de la teoría de la voluntad (responsabilidad por hecho imputable)" y agregó: "la falta de pago constatada en este caso no puede, bajo ninguna circunstancia, asimilarse al tratamiento del caso fortuito o la fuerza mayor" a estos fines (fs. 1041). Por lo tanto, sostuvo que los gastos que se generaron por el hecho culposo de la Administración —que dejó de abonar los montos a los que contractualmente se había comprometido— imponían una interpretación de los incs. d), e) y último párrafo del art. 53 LOP acorde con lo previsto en el art. 39 del mismo plexo, para así deslindar los supuestos que merecieran o no ser indemnizados por este concepto. Por esa razón, rechazó el agravio del GCBA en este punto.

En cuanto al cuestionamiento por la condena al pago de gastos adicionales no compensados, gastos generales indirectos y retención de garantías y fondos de reparo, el juez consideró que el GCBA no había logrado formular la crítica concreta y razonada que exige el art. 236 del CCAyT sobre la parte de la sentencia que lo agraviaba y, en consecuencia, declaró desierto el recurso de apelación en relación a esos aspectos.

Por último, hizo lugar al planteo del GCBA en relación al automóvil Volkswagen 1500 B y dispuso "deducir la suma final que le corresponda en la etapa de liquidación la valuación actual del mentado vehículo el que deberá (…) ser colocado a disposición de su titular registral" (fs. 1041 vta.).

Al tratar el recurso de la parte actora, la sentencia consideró a la afectación de la capacidad técnico financiera como un supuesto de pérdida de chance que "debe ser indemnizada sólo cuando alcanza cierto grado de probabilidad, lo que arroja un pronóstico de certeza sobre su posible efectivización, no siendo indemnizable si representa una posibilidad general y vaga. El criterio con que debe juzgarse la chance debe ser estricto…" (fs. 1042). El juez precisó que la parte actora había alegado el perjuicio pero señaló: "no ha acompañado elementos de prueba que razonablemente puedan resultar de suficiente indicio o certeza del daño que manifiesta.// En el presente caso, corresponde remitirse a un principio básico en materia probatoria que es que todo aquel que alega un hecho tiene la carga de probarlo. Quedó entonces en cabeza de la demandante demostrar el razonable perjuicio sufrido" (fs. 1042 vta.). Igual déficit probatorio señaló el magistrado en relación al mayor costo de financiamiento demandado.

9. Tanto el GCBA como SISA interpusieron sus respectivos recursos ordinarios de apelación (fs. 1048 vta. y 1050 vta., respectivamente).

Concedidos por la Cámara (fs. 1055 vta.), expresaron agravios ante el Tribunal.

SISA reiteró contra el fallo de la Cámara agravios semejantes a los que articulara contra la sentencia de primera instancia. Así, cuestionó que no se considerase probada la pérdida de chance. Sostuvo, en contra de ello, que el peritaje realizado en la causa demostró perjuicios causados por la afectación de la capacidad técnica y financiera de la empresa por mayor plazo que el establecido en el acuerdo; cuestión que no fue valorada en los instancias anteriores. También se agravió por la no admisión del mayor costo financiero reclamado. Señaló que la deuda refinanciada equivalía al 31/7/1990 a u$s 174.000, y que los pagos tardíos generaron una diferencia de u$s 53.400 al 13/12/1995; y, por otro lado, que el remanente de la obra a realizar era el 96,92 %, equivalente a u$s 940.000 al 1º/4/1991. Los intereses adeudados y la no percepción de u$s 940.000 lo obligaron a buscar financiación externa por $ 381.000 (fs. 1063/1071 vta.).

El GCBA, por su parte, insistió en que se erró al interpretar la indivisibilidad del convenio y también al valorar su conducta. Sostuvo que la cláusula sexta del convenio preveía las consecuencias por el incumplimiento en el pago de los pagarés por la deuda anterior, que eran: requerir su cumplimiento o, en caso de reiteración, considerar exigible el total de la deuda. Y que para los nuevos certificados que debieran pagarse como consecuencia del reinicio de las obras, las consecuencias del incumplimiento en el pago estaban fijadas en la cláusula novena: suspensión de la obra y prórroga en el plazo de ejecución. Hecha esa distinción, precisó que al momento en que INMAR S.A. suspendió la ejecución de la obra, esto es el 8/5/1991, no se cumplían las condiciones de la mentada cláusula novena pues a esa fecha los nuevos certificados en mora (n° 1 y n° 1 CP) habían vencido el 23/4/1991, registrándose un retraso de 14 días, que no justifica la paralización de la obra contratada. Agregó que la falta de pago no está prevista como causal de rescisión en la LOP y que la situación no tenía una magnitud tal que alterase las bases del

contrato. Afirmó que la actora "fabricó" la causal, y que incurrió en falsedades pues en la nota por la que el 8/5/1991 comunicó que suspendería las obras mencionó que se hallaban impagos tres certificados que habían sido cancelados el 1º/4/1991 (certificados nos. 11 de obra, 11 CP y 11 CO). Señaló que el atraso en el pago no es suficiente por sí mismo para justificar la suspensión, ya que debe relacionarse el monto de la deuda, el valor de la obra y el giro de la empresa. También cuestionó que se valorara su mora anterior a la renegociación contractual sin tener presente la situación de emergencia en que se encontraba el país cuando se produjo. Tachó de errónea la fecha de rescisión considerada en la sentencia, pues la situación debía valorarse cuando la empresa paralizó la obra. Finalmente, el GCBA cuestionó que se admitiera la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus* en el caso (fs. 1073/1090).

Las partes contestaron los respectivos traslados de los memoriales de agravios (fs. 1093/1096 vta., parte demandada; fs. 1099/1110, parte actora).

10. Requerido su dictamen, el señor fiscal general adjunto consideró satisfechos los recaudos de admisibilidad en los recursos de ambas partes. No se expidió sobre el fondo pues no advirtió comprometido el interés social, ni que se hallaren en juego normas constitucionales u otras de derecho público que trascendieran el mero interés de las partes (fs. 1114/1116).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. Admisibilidad de los recursos ordinarios de apelación deducidos.

1.1. Tanto la parte actora como la demandada han planteado recursos ordinarios de apelación, en los términos de los arts. 113, inc. 5º, de la CCBA y 26 de la ley 7 (texto conforme al art. 2º de la ley 189). Esta última norma dispone que el Tribunal conoce "en instancia ordinaria de apelación en las causas en que la Ciudad sea parte, cuando el valor disputado en último término, sin sus accesorios, sea superior a la suma de pesos setecientos mil ($ 700.000)". Por su parte, la jurisprudencia de este estrado, a partir del fallo dictado en los autos "Playas Subterráneas S.A. c/GCBA s/impugnación actos administrativos", expte. n° 860/01, resolución del 9/4/2001 (en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. III, pp. 83 y ss.), ha señalado reiterada y pacíficamente que la admisibilidad de este recurso requiere: a) que la Ciudad sea parte; *b)* que el valor debatido ante esta instancia sea superior a $ 700.000, y c) que la impugnación se dirija contra una sentencia definitiva.

1.2. Así entonces, en cuanto a la admisibilidad del recurso de apelación del Gobierno de la Ciudad, cabe señalar que fue interpuesto en debida forma y en tiempo oportuno, se dirige contra la sentencia definitiva dictada en el proceso y se plantean agravios contra la condena fijada por el juez de grado, confirmada por la Sala II de la Cámara CAyT, que lo obliga "a abonar a la actora la suma de dos

millones ciento treinta y nueve mil trescientos ochenta y nueve pesos con veintiséis centavos ($ 2.139.389,26), por los conceptos detallados en XVI.1., con más intereses hasta la fecha de efectivo pago..." (fs. 955 vta.); más allá de que a la apuntada suma "deberá deducirse el valor del rodado VW 1500 en la etapa de liquidación conforme las pautas previstas...", según se dispusiera en la referida sentencia de la Cámara (fs. 1044 vta.).

Cabe añadir que si bien el juez de primera instancia estableció que el monto de la condena "se fija en forma transitoria hasta que se apruebe la liquidación definitiva que deberá realizarse de acuerdo con las indicaciones del parágrafo XVII", no es razonable suponer que la variación resultante en la suma final pueda reducirse a menos de $ 700.000 pesos (aproximadamente un tercio del monto de la condena determinado hasta ahora).

1.3. El recurso de apelación de SISA fue interpuesto en tiempo y forma oportunos y según se desprende del punto anterior, también cuestiona una sentencia de carácter definitivo. Al interponer el recurso, la parte actora afirmó que la suma disputada en último término "excede —con creces— la suma de $ 700.000" y que ello "emerge —sin duda— del reclamo formulado por mi parte en su escrito de demanda (véase capítulo V, apart. "c", punto c.4.) y se halla además debidamente cuantificado de las pruebas producidas en el *sub lite* (conf.: Pericial Contable de fs. 702 vta. a fs. 707 – Rubro: Afectación de la capacidad técnico-financiera por mayor tiempo que el previsto y Pérdida de chance), que arroja un monto de $ 1.684.620,70 (...) a la fecha de presentación de la demanda (13-12-95), sin incluir dicha cantidad el rubro pérdida de chance, desestimado también por la alzada" (fs. 1050). La actora no cuantificó este ítem indemnizatorio en la demanda (fs. 59 vta./60). La suma determinada por el perito en el anexo 10 (fs. 620) fue $ 1.684.620,70; y el actor precisó en el alegato que reclamaba $ 1.684.000 por tal concepto (fs. 919 vta.). Si bien la sentencia de primera instancia consideró que el peritaje presentaba imprecisiones relevantes que afectaban su capacidad de convicción para tener por acreditado el daño y su cuantía (fs. 952 y vta., punto XV.3.D) y rechazó la pretensión en este punto y, por su parte, el fallo de Cámara confirmó esa decisión, lo cierto es que SISA señala que su interés patrimonial en el litigio se mantiene —al acudir ante esta instancia—, según lo expuesto, por una suma superior a la indicada en la ley.

En tales condiciones, los recursos de apelación interpuestos resultan formalmente admisibles.

2. Introducción a las cuestiones sometidas a conocimiento del Tribunal.

2.1. La sentencia recurrida confirma la decisión recaída en primera instancia que dispuso hacer lugar a la demanda y declarar rescindido el Contrato de Obra Pública referido al "Plan 3RR-15 de Reacondicionamiento de Pavimento" adjudicado oportunamente a INMAR S.A. (cuya continuadora a los efectos de este proceso es Servicios Integrales S.A.), con apoyo en lo dispuesto en los arts. 53 inc. d) y 39 de la ley 13.064, a partir del 8 de agosto de 1991 (conf. punto XII.2.B.4. de la sentencia del juez de grado y punto 13.3 del voto del juez preopinante de la Sala II

Cámara CAyT, al que adhirieron sus colegas en lo pertinente). Asimismo se han declarado recibidas en forma definitiva las obras realizadas por INMAR S.A. hasta esa fecha, tal como lo requirió la parte actora.

En cuanto a la pretensión orientada a que se condene a la demandada a abonar la deuda impaga alegada y la indemnización por los daños y perjuicios derivados de la rescisión contractual declarada, la demanda también ha prosperado, aunque en este caso parcialmente.

2.2. En este escenario, con la finalidad de dar un orden lógico al tratamiento de los agravios traídos a esta instancia por las partes, resulta aconsejable ingresar en primer término en la consideración de aquellos planteados por la demandada. Ello así, toda vez que el GCBA no se limita a cuestionar el alcance de la condena dineraria fijada en la sentencia recurrida —como sí lo hace la actora—, sino que va más allá, dado que directamente objeta la causa que motiva aquella decisión, al entender equivocado que se haya resuelto judicialmente la rescisión del contrato en los términos establecidos por la Cámara.

En consecuencia, corresponde determinar si la apuntada declaración de rescisión resuelta en el caso se ajusta a derecho. Una vez decidido tal punto —y según el resultado a que se arribe sobre el particular—, deben examinarse los restantes planteos del GCBA dirigidos a cuestionar la procedencia y extensión de la indemnización fijada en favor de la parte actora como consecuencia de la rescisión contractual declarada.

Luego, para finalizar el tratamiento del mencionado recurso, deben abordarse las restantes cuestiones que dan origen a otro tipo de agravios formulados por la demandada que se relacionan básicamente con la deuda que surgiría del contrato. Estos últimos planteos remiten a la determinación de la tasa aplicable para el pago de ciertas obligaciones, a la solicitud de aplicación al caso de la ley de consolidación de deudas y a la ponderación de las circunstancias de la causa que permitan esclarecer si la ex MCBA se encontraba o no en mora respecto del pago de los certificados de obra n$^{os.}$ 2 y 3.

2.3. Por otro lado se deben abordar los planteos de la parte actora que intentan demostrar que la indemnización fijada en su favor por la Cámara como derivación de la rescisión contractual declarada es inferior a la que le correspondería. Ello sería así, toda vez que no se han acogido favorablemente sus agravios fundados en una alegada afectación de su capacidad técnico-financiera por un plazo mayor al establecido en el contrato y una correlativa pérdida de chance, ni en cuanto al alegado mayor costo de financiamiento que debió afrontar la empresa a raíz de la conducta de la demandada.

3. El recurso ordinario del GCBA.

3.1. La rescisión contractual decidida en el caso (primero y segundo agravio).

La relación contractual entre INMAR S.A. y la ex MCBA comienza en el año 1989 y tiene origen en una licitación del año 1988; sin embargo, a los efectos de este juicio, interesa examinar las cuestiones debatidas a partir del marco que brinda el Acuerdo de Modificación y Refinanciación celebrado entre las partes el 1º de diciembre de 1990 —con la expresa finalidad de adecuar los términos del contrato a la situación de emergencia que atravesaba por aquel entonces la autoridad municipal.

No existen discrepancias en cuanto a que en el Acuerdo de diciembre de 1990, ratificado por el Intendente municipal mediante dec. 6904/90, a partir de la invocación del principio del "sacrificio compartido" se modificaron sustancialmente las condiciones del contrato original firmado por las partes y que ello permitió que los trabajos comprometidos se reiniciaran en el mes de febrero de 1991. Tampoco la demandada ha controvertido la afirmación efectuada por la actora —y recogida por la Cámara en su pronunciamiento— en cuanto a que la celebración del Acuerdo se tradujo en una quita del 40 % sobre las sumas adeudadas a la empresa en aquel entonces por la ex MCBA.

3.1.1. Sobre el alcance de la "indivisibilidad" del Acuerdo.

En cierto modo asiste razón al GCBA cuando objeta la interpretación dada en las instancias anteriores al encabezamiento del contrato, que expresa: "En consecuencia, las partes celebran el presente acuerdo, *que consideran a todos los efectos indivisible*, conforme a las siguientes cláusulas:..." (fs. 4, destacado agregado). Pongo de resalto que la oración comienza con la expresión "En consecuencia", giro que indica la existencia de antecedentes tomados en cuenta para celebrar el acuerdo y considerarlo indivisible. Estos antecedentes fueron enunciados genéricamente en el texto que precede al ya transcripto en los siguientes términos: "Por cuanto:/ Resulta necesario adecuar los contratos públicos vigentes a la situación de emergencia por la que atraviesa el Estado municipal y sus entes descentralizados./ A tal fin MCBA e INMAR/ Acuerdan:/ Refinanciar la deuda pendiente a favor de INMAR, con descuentos y plazos de pagos adecuados, contribuyendo así, las partes a la realización del principio de sacrificio compartido, a los efectos de superar la adversa coyuntura y convienen, asimismo, las condiciones de plazos, cómputos, precios unitarios, forma de pago, etc., bajo las cuales se han de proseguir y terminar las obras para dar finalización al contrato" (fs. 4).

La expresión relativa a la indivisibilidad del Acuerdo asentada de común arreglo por las partes no parece dirigida al uso indistinto de las consecuencias por el incumplimiento de los pagos establecidas en los capítulos I y II del acuerdo, sino —antes bien— a dejar enlazadas las modificaciones que se efectuaron en las prestaciones de ambas partes, de forma tal que la eventual invalidez de alguna disposición arrastrara tras sí la renegociación íntegra.

Desde esta perspectiva, es correcto el argumento del Estado al sostener que cada capítulo del Acuerdo ("Capítulo I/ De la refinanciación", fs. 4/5 vta.; y "Capítulo II/Adecuaciones al contrato", fs. 5 vta./6 vta.) preveía consecuencias

diferentes para el incumplimiento de las obligaciones pecuniarias a los que cada uno de ellos se refería.

Así, para la deuda anterior, renegociada y documentada, incluida en el Capítulo I, se preveía la posibilidad de considerar exigible el total de la deuda neta en caso de reiterarse los atrasos (cláusula sexta); y, por su parte, para las nuevas obligaciones del Capítulo II establecidas en los certificados de obra que se emitirían tras la readecuación del contrato, se estipuló la posibilidad de que INMAR suspendiese o paralizase la obra y exigiese el pago de costos indirectos por el alargamiento del plazo contractual que pudiera resultar (cláusula novena).

En suma: la calidad de indivisible atribuida al acuerdo, en rigor, no incidía sobre las consecuencias jurídicas diversas previstas para el incumplimiento de las distintas obligaciones.

Sin embargo, como se verá más adelante, esta afirmación no resulta determinante para variar la suerte del pleito como parece creer la demandada, pues si bien es cierto que en el Acuerdo se preveían distintas consecuencias según se tratara de incumplimientos en la cancelación de la deuda anterior o de retrasos en el pago de los nuevos certificados emitidos por los trabajos a realizarse, ello no resulta suficiente para invalidar la interpretación del contrato efectuada por los jueces de la causa con la finalidad de determinar si existieron conductas relevantes de la Administración que justificaron, en primer término, la paralización de los trabajos decidida por la empresa y, con posterioridad, su pedido de rescisión contractual ante los tribunales.

3.1.2. Los incumplimientos de la comitente invocados por la actora para suspender los trabajos y la situación posterior que la llevaría a requerir la rescisión del contrato en sede judicial.

3.1.2.a. El GCBA se agravió por la forma en que la Cámara interpretó la situación de mora atribuida al ex municipio y la conducta de la empresa actora al día 8/5/1991, fecha en la cual esta última dispuso suspender los trabajos en ejecución que habían sido reiniciados, como se dijo, en el mes de febrero de ese mismo año.

Sostiene la demandada que, de acuerdo al contrato, para la suspensión de la obra sólo debían tomarse en cuenta los atrasos en el pago de los certificados de obra y no de los pagarés por la deuda anterior, ya que la posibilidad de que INMAR paralizara la obra en caso de falta de pago fue establecida en el segundo párrafo de la cláusula novena, que, como se puede ver en el primer párrafo de ella, se refiere a los "certificados".

Como se adelantó, parece ser formalmente correcto el planteo del GCBA en cuanto afirma que, al momento en que la actora suspendió la ejecución de la obra (8/5/1991), los certificados en mora eran los n° 1 de obra y n° 1 CP, que habían vencido el 23/4/1991, es decir hacía quince días (véase sentencia de primera instancia, punto XI.4, fs. 945).

También parecería, en principio, tener razón la demandada en cuanto alega que INMAR no se habría ajustado a la verdad de los hechos cuando el 8/5/1991

comunicó a la ex MCBA que suspendería las obras por encontrarse también impagos los certificados n° 11 de obra, n° 11 CP y n° 11 CO, certificados que según expresa reiteradamente el Gobierno habrían sido cancelados el 1º/4/1991 —con una mora de 5 días en los tres casos pues vencían el 27/3/1991—, al señalar que la propia actora en su escrito de demanda, al efectuar la liquidación en el punto 2 c), expresa que ellos fueron "efectivamente abonados el 1º/4/1991" (fs. 61).

En cuanto a esta última afirmación referida a los certificados n^{os} 11 de Obra, 11 CP y 11 CO, luego del estudio del expediente, debo decir que si bien ella ha sido receptada por los jueces de la causa y consentida por la propia actora, no se compadece con aquella contenida en el informe 1489/TG/92 de la Tesorería General de la ex MCBA, fechado el 18/5/92, obrante a fs. 455 del expte. adm. nº 26.703/91, citado además en el peritaje contable a fs. 682 vta. y 691 vta. Allí se indican en detalle distintos pagos realizados a INMAR S.A. hasta ese momento y surge que:

a) para la Carpeta nº 12940/91 (extraviada), correspondiente al certificado de obra nº 11 (v. fs. 454), se consigna como "fecha disp. cheque" el 4/10/91 y como "fecha doc. pago" el 7/10/91;

b) para la Carpeta nº 12.939/91 (extraviada), correspondiente al certificado nº 11 CP (v. fs. 454), se consigna como "fecha disp. cheque" el 29/7/91 y como "fecha doc. pago" el mismo día;

c) para la Carpeta nº 18.341/91 (extraviada), correspondiente al certificado nº 11 CO (v. fs. 454), se consigna como "fecha disp. cheque" el 4/10/91 y como "fecha doc. pago" el 7/10/91.

De todos modos, la observación que formulo no es determinante para decidir el punto, pues, por la forma en que interpreto fue pactada la facultad de suspender los trabajos para la actora ante la mora en el pago de los certificados, resulta suficiente referirse al retraso en los pagos que no se encuentra discutido a esta altura del proceso, vinculado exclusivamente a los ya referidos certificados nº 1 de obra y nº 1 CP.

3.1.2.b. Conviene precisar que la falta de pago de los certificados no está prevista de manera expresa como causal de suspensión de las obras en la LOP y su art. 48, en su actual redacción, acuerda en favor del contratista el derecho a reclamar intereses para este tipo de supuestos. Pero ella se estipuló en la cláusula novena del acuerdo de renegociación de diciembre de 1990 en estos términos: "El no cumplimiento por parte de la MCBA de los pagos [de los certificados] en los plazos acordados, dará el derecho a INMAR, a más el derecho de suspensión de la obra que se conviene, a prorrogar automáticamente los plazos de ejecución aquí pactados, en tantos días corridos como dure la mora de la MCBA (...) A su vez podrá exigir el resarcimiento de los Costos Indirectos en que pudiera incurrir durante el alargamiento del plazo contractual en concepto de obrador, equipos, herramientas, seguro, sueldos, jornales, cargas sociales del personal necesario afectado a la obra, y gastos de vigilancia durante el período de paralización, y/o cualquier otro gasto que demostrase en su momento" (fs. 6).

El GCBA sostiene que la situación planteada al 8/5/1991 en relación al pago de los certificados no tenía una magnitud tal que alterase las bases del contrato y justificara, por sí mismo, la suspensión de ejecución. Expresa en este sentido que el atraso en el pago debe relacionarse con el monto de la deuda, el valor de la obra y el giro de la empresa para valorar la razonabilidad de la conducta del empresario.

Como se dijo, la cláusula novena del Acuerdo facultaba a INMAR S.A. a disponer la suspensión de los trabajos ante "(e)l no cumplimiento por parte de la MCBA de los pagos [de los certificados] en los plazos acordados", sin hacer mayores aclaraciones en cuanto a la cantidad de días de mora que podía llegar a justificar la adopción de tal medida. Y al momento de la suspensión de los trabajos había, por lo menos, dos certificados que estaban en mora (n° 1 y n° 1 CP) desde hacía 14 días. Recuérdese que en la cláusula novena, justamente, se había pactado que los certificados se abonarían a los veinte (20) días corridos contados a partir de la fecha de su presentación, para reducir el costo financiero previsto en los precios originales.

3.1.2.c. Pues bien, es correcto afirmar que la relevancia del retraso en los pagos de los certificados presentados que generó la suspensión de las obras debe valorarse en el caso concreto, teniendo en cuenta el contexto fáctico y normativo en el cual la decisión fue adoptada por la empresa. Pero como se verá a continuación, a diferencia de lo que expresa la demandada, entiendo que asiste razón a los jueces de la causa cuando afirman que la decisión tomada por la actora no puede reputarse antijurídica.

En primer lugar, porque la suspensión estuvo amparada por los términos del Acuerdo que regía específicamente el punto, al cual se arribó a partir una negociación que no fue tachada de ilegal y que se traduce en la aceptación de diversas concesiones recíprocas asumidas por las partes para lograr la continuidad del contrato. Es al momento de suscribirse este Acuerdo, evidentemente, donde las partes sopesaron y consensuaron los términos en los que correspondía establecer las circunstancias que justificarían la hipotética decisión de suspender los trabajos. Ninguna aclaración en cuanto a la mayor o menor extensión de la mora se plasmó en el pacto.

El Acuerdo, además, refleja una recomposición contractual en tiempos de marcada inflación que, según reconocen las partes, había generado incumplimientos reiterados por parte de la autoridad municipal en el pago de los trabajos realizados hasta ese momento (deuda que se pone de manifiesto en el Capítulo I, titulado "De la Refinanciación", estableciéndose allí su forma de cancelación a través de 9 pagarés).

Por ello, no parece desatinado pensar que, luego de negociarse una quita del 40 % de la deuda que INMAR S.A. tenía a su favor en ese entonces, se pactara otorgar cierta seguridad para la contratista en un contexto inflacionario, mediante la decisión de reducir el plazo para el pago de los certificados y de vincular el avance futuro de la obra con el cumplimiento de las obligaciones de pago que demandarían los nuevos trabajos, al menos para prevenir nuevos retrasos que excedieran un término prudencial. Va de suyo que en un contrato de estas características

resultaría objetable que ante un retraso en los pagos de unas horas o unos pocos días la contratista pudiera resolver la suspensión de tareas, ya que ello importaría una utilización desviada del derecho, contraria a la finalidad que se tuvo en vista al incluir la cláusula respectiva en el Acuerdo.

Así las cosas, entiendo que si se tienen en cuenta los términos expresos del Acuerdo pactado, la comunicación previa de fecha 9/4/91 donde se notificó a la comitente la disminución del ritmo de tareas cuya autenticidad no ha sido negada por la demandada (conf. copia obrante a fs. 10 y memorial a fs. 1079) y la demora de 15 días en el pago de —como mínimo— dos certificados que debían cancelarse dentro de los 20 días corridos contados a partir de su presentación, en el marco una economía deteriorada por la inflación, la decisión de suspensión adoptada el 8/5/1991 no parece haber sido tomada de manera desaprensiva.

En síntesis, entiendo que el derecho que le asistía a la empresa para suspender las obras, a partir de la prueba colectada en la causa, no fue ejercitado de modo ilegal, ni desviado de la finalidad a partir de la cual le fue reconocido. A ello debo agregar que tampoco en el caso es posible afirmar que los reiterados incumplimientos de la Administración que provocaron primero la suspensión de tareas y luego el pedido de rescisión hayan obedecido a circunstancias que pudieron haber sido razonablemente previstas por la contratista a partir de los términos específicos del Acuerdo celebrado en el año 1990 que fijó las nuevas reglas contractuales.

3.1.2.d. Sin perjuicio de lo expuesto, creo que, para arribar a una solución correcta en punto al pedido de rescisión formulado en la demanda, resulta determinante indagar acerca de la conducta que adoptaron las partes a partir de la fecha de suspensión de tareas —siempre con especial referencia al pago de los certificados emitidos y en el marco del convenio de renegociación celebrado.

Ello, desde mi punto de vista, permite afirmar que la decisión de mantener la obra suspendida adoptada por INMAR S.A. tampoco parece abusiva en el marco de las normas que regían la relación.

Se indicó que con anterioridad al 8/5/1991 la ex MCBA había incurrido en mora —si bien es cierto que solamente de cinco días, si se consiente la postura que quedó definida por las sentencias dictadas en el caso— en el pago de tres certificados. Pero, sobre todo, resulta relevante advertir que luego de la suspensión de los trabajos, los certificados nº 1 de obra y nº 1 CP —cuyo pago estaba en mora desde hacía 15 días al día 8/5/1991— finalmente fueron cancelados con 164 días de retraso.

Del mismo modo resulta importante mencionar que después de la suspensión de las obras, situación de la que el municipio tomó conocimiento formal el día 20/5/91 (fs. 447, expte. adm. nº 26.703/91), la contratista efectuó varias presentaciones en sede administrativa; en ellas se daba cuenta de la situación de mora de los distintos certificados y pagarés impagos y se remarcaba el estado de la obra, pero sin manifestar una intención de extinguir el contrato, sino, por el contrario, el deseo de llegar a un acuerdo con el municipio para resolver los problemas que habían surgido y poder así dar cumplimiento a las obligaciones convenidas —conf.

expte. adm. nº 26.703/91, notas del 30/8/91 (fs. 457) y del 25/8/1992 (fs. 459); y expte. adm. nº 34.318/91, nota del 11/6/91 (fs. 15/16).

Por su parte, la Administración, como se dijo anteriormente, no cursó comunicación u orden de servicio alguna para instar formalmente a la empresa a reiniciar los trabajos, según se desprende de manera expresa del informe de fecha 20/9/91 suscripto por el señor director general de Vialidad y Tránsito (fs. 451/452, expte. adm. nº 26.703/91).

Tampoco el municipio brindó respuesta formal y concreta a los planteos de la contratista, ni siquiera cuando al vencimiento de los dos certificados cuya falta de pago había determinado la suspensión de los trabajos se sumaron los vencimientos de otros dos certificados, nºs 2 y 3 que, vale aclarar, a la fecha no han sido cancelados.

Con motivo de una nueva presentación de la contratista recibida por la comitente el 3/9/91 —donde se detallan una vez más los conceptos adeudados, se recuerda el estado de la obra, se destaca el paso de los días sin variación sustancial del panorama y se ponen de resalto las consecuencias económicas que podrían derivarse de la paralización—, se agregó a las actuaciones administrativas una nota suscripta por el titular de la Dirección de Pavimentos de Obras Viales de la Dirección General de Vialidad del MCBA y Obras Públicas que le hace saber la situación al Director General de Vialidad y Tránsito y sostiene que "(n)ormalizados los mencionados pagos, correspondería considerar la procedencia y equidad de las reclamaciones efectuados en los últimos párrafos de la nota adjunta" (fs. 457 y 458, expte. adm. nº 26.703/91).

Resulta especialmente ilustrativa de la anormal e imprevisible situación que dominaba la relación contractual bajo estudio una nota agregada a fs. 472/473 en el expte. adm. nº 20.237/93, fechada el 29 de marzo de 1993 —es decir, casi dos años después de la suspensión de tareas—. Allí la actora se dirigió al Intendente para reiterar su petición respecto a la necesidad de adoptar una "urgente definición para resolver la continuidad de la obra… que se encuentra paralizada desde el 8/5/91… careciéndose a la fecha de respuesta alguna sobre los reclamos interpuestos, ni sobre la continuidad de la misma". En otro párrafo de esa nota se afirma: "Más aún, la MCBA ha vuelto a licitar tareas de reparación de pavimentos (tareas similares a las previstas en nuestro contrato) en una distribución por zonas, que no se sabe a ciencia cierta si se superpondrá o no con la traza de nuestra obra…".

Aunque respecto de la última cuestión referida en la nota cursada por INMAR S.A. —aparente superposición de la zona objeto del contrato con otra licitación del municipio— no ha podido comprobarse debidamente su veracidad, pese a haberse solicitado al Gobierno la documentación pertinente (conf. punto h del peritaje efectuado en la causa, fs. 423 vta.), la lectura de las actuaciones administrativas arrimadas al proceso dan la razón al juez de grado cuando afirma que la conducta de la comitente luego de su toma de conocimiento de la suspensión de tareas se aparta de la buena fe que debe regir toda relación contractual; así también cuando

el magistrado asevera que el silencio de la comitente es una constante a lo largo del conflicto (punto XII.2.B.3 de la sentencia, fs. 947).

En este mismo sentido, siempre con la intención de intentar comprender en la medida de lo posible el comportamiento de las partes luego de la suspensión de las obras, resulta importante señalar una Orden de Servicio S/N dirigida a INMAR S.A., obrante a fs. 476 del expte. adm. 20.237/93, fechada el 6/8/92 (es decir, más de un año después de la paralización), donde puede leerse: "Por la presente se comunica a esa Empresa que la obra del rubro pasa a depender de la Dirección General Operativa de Obras, Servicios y Concesiones (…).// Hasta tanto las obras del plan de referencia se encuentren paralizadas a la espera de las correspondientes renegociaciones financieras, las movilidades a cargo de la inspección de obra serán de responsabilidad de esa Contratista que podrá disponer de las mismas hasta tanto se reinicien tareas".

Pareciera que al silencio de las autoridades administrativas competentes en lo que hacía a la resolución concreta de los problemas en la ejecución del contrato se aduna aquí una comunicación que, haciéndose eco de la suspensión de las obras, expresa que habría que estar "a la espera de las correspondientes negociaciones financieras". El panorama entonces, además de anómalo e imprevisible, era también de una confusión evidente, pues al menos de la documentación obrante en la causa no se desprende que el municipio haya expresado a su contratista de manera formal el inicio de alguna renegociación financiera ante sus reiterados pedidos orientados a lograr que se pusiera fin a los problemas suscitados; tampoco en este juicio la demandada ha hecho mención alguna en este sentido.

Por todo lo expuesto hasta ahora considero razonable la valoración efectuada por los jueces de la causa para concluir que el pedido de rescisión contractual formulado en la demanda se encuentra justificado a la luz del bloque normativo que regía la vida del conflictivo contrato y de los hechos comprobados de la causa, contemporáneos y posteriores a la fecha de suspensión de tareas, que resultan relevantes para comprender la cuestión debatida.

Si en todo el lapso examinado por los jueces de la causa —transcurrido luego de la renegociación— existió un comportamiento irresistible, imprevisible, abusivo y desviado de la buena fe que debe presidir la ejecución de todo contrato (art. 1198, CC), en todo caso y según las pruebas colectadas en el juicio, ése ha sido el desplegado por la ex MCBA en su rol de comitente, calidad que además permite destacar que la demandada tuvo —o debió tener— pleno conocimiento de las disposiciones que regían la contratación y de los concretos alcances de las obligaciones libremente asumidas para una situación de incumplimiento en los pagos y de posterior suspensión de la obra (conf. cláusula novena del Acuerdo de diciembre de 1990).

3.1.3. La rescisión del contrato por culpa de la Administración decidida bajo las reglas de la ley 13.064.

3.1.3.a. Si bien en el escrito de inicio la actora reclamó la rescisión del contrato por aplicación de las previsiones del inc. b) del art. 53 de la ley 13.064 ("El contratista tendrá derecho a rescindir el contrato… *b)* cuando la Administración pública suspenda por más de tres meses la ejecución de las obras"), el señor juez de grado al sentenciar señaló que, a partir de las peculiaridades del caso, la aplicación de estrictos criterios de equidad y justicia y el principio iura novit curia, correspondía declarar la rescisión por culpa de la Administración, pero con apoyo del inc. d) del art. 53 citado (es decir, "por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite el cumplimiento de las obligaciones emergentes del contrato"), teniendo en cuenta, según expresó, "lo dispuesto por el art. 39 LOP respecto del especial contenido que en este contrato debe darse al concepto de caso fortuito o fuerza mayor" (conf. punto XII.2.B.3., fs. 947).

Luego de describir, en lo que aquí interesa, el panorama de incumplimientos de las obligaciones a cargo de la comitente que se configuró durante el año 1991, el señor juez de grado concluyó que había mediado una conducta omisiva de la comitente que ponía de manifiesto "un claro caso de ruptura de la buena fe contractual" y que, en definitiva, la larga serie de incumplimientos de la Administración "tornaron 'razonablemente' imposible la continuación del contrato" (punto XII.2.B.2., fs. 946, vta.). Al mismo tiempo, consideró que el contrato que unía a la ex MCBA con la actora, en realidad, debía considerarse rescindido de hecho, pues "ninguna de las partes pretende su continuación y conclusión" (punto XII.2.B.3, fs. 946 vta.). En suma, el juez interpretó que, si bien la ley 13.064 parece no admitir la rescisión del contrato con base en la mora de la Administración en el pago del precio, esta conducta negligente debidamente comprobada en el expediente permitía asimilar el caso a lo previsto por el inc. d) del art. 53 de la LOP, interpretado en conjunto con el art. 39 del mismo plexo, para tener así por rescindida la relación por razones de fuerza mayor, causal que, a su entender, se hizo manifiesta cumplidos tres (3) meses de la efectiva paralización de las obras por aplicación de lo previsto en el art. 53, inc. c), de la LOP.

3.1.3.b. En un sentido similar, en el fallo de Cámara se afirmó que la "rescisión contractual por inejecución de la prestación a cargo del Estado local en tiempo oportuno", encuadra en el art. 53 inc. d) de la ley 13.604; interpretado de acuerdo a lo señalado en el art. 39 de la ley, aunque se dejó señalado que la "falta de pago estaría más bien vinculada al inc. "c" del art. 53 que prevé la resolución, 'Cuando el contratista se vea obligado a suspender las obras por más de tres meses, o a reducir el ritmo previsto en más de un 50 % durante el mismo período, como consecuencia de la falta de cumplimiento en término, por parte de la administración, de la entrega de elementos o materiales a que se hubiera comprometido...'. Puesto que si bien alude a la entrega de los elementos o materiales comprometidos, debería entenderse también aquí comprendidos los casos en que la inactividad del Estado local se basa en la falta de entrega o hecho positivo que permita la prosecución de la obra" (…).// Asimismo, cabe recordar que la paralización de las obras fueron notificadas el 8/5/1991, y tal como lo expusiera el sentenciante de primera ins-

tancia, no existió una voluntad concreta por parte de la entonces Municipalidad en cumplir con las prestaciones a su cargo, ni de exigir —siquiera— se retome la ejecución de la obra.// Es por ello que la empresa contratista años más tarde, más precisamente el 13/12/95 presentó la demanda que dio origen al presente pleito. Por tanto, habiendo quedado en cabeza de la ex Comuna no solo cumplir con las obligaciones a su cargo sino también la de exigir la prosecución de las obras, o incluso (más allá de su suerte) la resolución del contrato por culpa del contratista, es que cabe tener resuelta la relación contractual individualizando a los efectos de la norma (ley 13.064) en el inc. d del art. 53 pero con las aclaraciones previamente vertidas" (conf. punto 13.3 del voto del juez Centanaro, fs. 1038).

El juez Russo, al emitir su voto, adhirió al fundamento reseñado. Por su parte, la jueza Daniele también compartió —en lo sustancial— este enfoque, al expresar: "Coincido con el sentenciante de grado en cuanto a que el contrato de obra pública que nos ocupa debe darse por rescindido por razones de fuerza mayor que tornaron razonablemente imposible su cumplimiento por culpa de la omisiones en que incurrió el comitente. Ello en función de la aplicación armónica de los arts. 53, inc. d) y 39 de la Ley de Obra Pública. // Tal como surge del decisiorio de grado y del voto de mi colega, el Dr. Centanaro, la larga lista de sucesivos incumplimientos de la administración, que no sólo resultó morosa sino también negligente, tornaron razonablemente imposible la continuación del contrato, al tiempo que violentó un principio general del derecho como es la buena fe".

3.1.3.c. El agravio del GCBA en este punto se limita a reiterar las discrepancias ya manifestadas al apelar la sentencia de primera instancia, argumentos que, desde mi punto de vista, fueron suficientemente abordados por la Cámara y no han sido rebatidos en debida forma al reclamarse la intervención de este estrado.

De la lectura del memorial de agravios de la demandada sólo se desprenden objeciones referidas a la interpretación de las cláusulas del Acuerdo efectuada por el *a quo* —de nuevo se refiere la recurrente al alcance de la "indivisibilidad" del convenio y a las distintas consecuencias previstas en él ante la falta de pago de pagarés y certificados—, así como a la errónea determinación de la situación de mora de la Administración al momento de suspensión de las obras.

Se sostiene, en definitiva, que "de ninguna manera se configuró la causal de fuerza mayor que justifique tal paralización" y se destaca que "el contrato había sido recientemente renegociado, la administración venía efectuando los pagos de acuerdo a lo pactado, no justificando la paralización de la obra la demora en 14 días en el pago de un certificado" (fs. 1081 /vta.).

Con este alcance, entiendo que los agravios esgrimidos no constituyen una crítica concreta y razonada del fallo recurrido, decisión que, más allá de su acierto o error, contiene un desarrollo argumental expreso —concordante con lo decidido por el juez de grado— a la hora de encuadrar la peculiar situación planteada en autos en la causal de rescisión prevista en el art. 53 inc. d) de la LOP, con la puntual aclaración efectuada para explicar que, en este tipo de contratos, la fuerza mayor puede abarcar una conducta extraordinaria, imprevisible, inevitable e irresistible,

pero atribuible a la propia Administración, es decir, que no resulta ajena a las partes (art. 39, LOP).

Cabe añadir, por lo demás, que esta posición ha sido receptada con mucha anterioridad desde la doctrina, en tanto se ha puesto de resalto que para la LOP en ciertos supuestos "el hecho de la Administración se asimila jurídicamente a la fuerza mayor", destacándose incluso que la amplitud del concepto "fuerza mayor", aun con las aclaraciones efectuadas en el citado art. 39, "relativiza como 'catálogo taxativo' las causales rescisorias del art. 53" (conf. Bezzi, Osvaldo Máximo, *El contrato de obra pública*, p. 322, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982).

Ninguna reflexión acerca de este tema complejo —y específico del régimen legal de la obra pública aplicado en el caso— contiene el memorial de agravios. Es por ello que, al menos en este tramo, el recurso del GCBA dista de contener una crítica concreta y razonada de los fundamentos brindados por el tribunal *a quo*. En consecuencia, no resulta pertinente ingresar en su consideración.

3.2. La solicitud de revocación de la condena por gastos improductivos (quinto agravio).

3.2.1. Hasta aquí es posible afirmar que la sentencia apelada se mantiene en pie en cuanto *declara rescindido el contrato de obra pública* involucrado en autos, toda vez que se encuentra suficientemente probado que la comitente faltó gravemente a sus obligaciones contractuales. Ello conduce a la consideración de la *procedencia y extensión del resarcimiento* reconocido a la parte actora que el GCBA objeta por entenderlo excesivo a tenor de lo dispuesto en la ley 13.064.

3.2.2. Tomando en cuenta que —salvo en lo atinente al automóvil— la sentencia recurrida confirmó la de primera instancia en los alcances de la condena, es útil recordar que en ésta el juez dispuso: "...*Hacer lugar parcialmente a la demanda* en cuanto a las pretensiones de intereses por mora en el pago de certificados y de resarcimiento de daños y perjuicios, y por *ende condenar al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires* a abonar a la actora la suma de dos millones ciento treinta y nueve mil trescientos ochenta y nueve pesos con veintiséis centavos ($ 2.139.389,26), por los conceptos detallados en *XVI.1.*, con más intereses hasta la fecha de efectivo pago. El monto de la condena se fija en forma transitoria hasta que se apruebe la liquidación definitiva que deberá realizarse de acuerdo con las indicaciones del parágrafo XVII, incluyendo la suma que surja de lo establecido en XV.7. No hacer lugar a la demanda de cobro de intereses por mora en el pago de los certificados que se indican en XIV.2. ni de resarcimiento por "mayor costo de financiamiento" y "pérdida de chance" (*supra*, XV.2. y XV.3.). Imponer las costas en un noventa por ciento (90 %) a la demandada y en un diez por ciento (10 %) a la actora (Art. 65 CCAT)...." (fs. 955 vta., el destacado ha sido añadido).

Y en el punto *XVI.1.* de los fundamentos estableció: "XVI.1. En conclusión, cabe condenar al demandado a abonar las siguientes sumas, calculadas en forma provisoria a la fecha de la demanda, en concepto de deudas impagas y de daños y perjuicios causados por la rescisión: A. Setenta mil quinientos once pesos con

veintiséis centavos ($ 70.511,26), por mora en el pago de las cuotas nos. 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9, establecidas en la cláusula quinta del Convenio de diciembre de 1990 (conf. Considerando XIV.1.D). B. Sesenta y siete mil cuatrocientos cuatro pesos ($ 67.404.) por deuda impaga correspondiente a los certificados Nº 2 y 3 derivados del Convenio de diciembre de 1990 (conf. Considerando XIV.3.D). C. Ochocientos sesenta y cinco mil doscientos sesenta y un pesos ($ 865.261.) como resarcimiento por improductividad empresaria (conf. Considerando XV.1.B). D. Ciento cincuenta y cuatro mil ochocientos setenta y ocho pesos ($ 154.878.) por gastos adicionales no compensados (conf. Considerando XV.4.C). E. Setecientos cuarenta y tres mil novecientos cuarenta y cinco pesos ($ 743.945.) por gastos generales e indirectos (conf. Considerando XV.5). F. Doscientos treinta y siete mil trescientos noventa pesos ($ 237.390.) por fondos de reparo retenidos (conf. Considerando XV.6.4).// XVI.2. Así, la condena será de dos millones ciento treinta y nueve mil trescientos ochenta y nueve pesos con veintiséis centavos ($ 2.139.389,26)" (fs. 954 vta.).

3.2.3. El GCBA se agravia de la confirmación de la condena a abonar en concepto de daños y perjuicios reclamados por la actora, todos aquellos referidos a los denominados "gastos improductivos" —identificados en la sentencia del juez de grado confirmada por la Cámara bajo los rubros "improductividad empresaria", "gastos adicionales no compensados" y "gastos generales e indirectos" (conf. puntos XV.1, XV.4 y XV.5 de la sentencia de primera instancia).

Entiende la recurrente que resulta arbitrario que se encuadre el caso en una situación de rescisión no prevista en la ley, se la asimile a la contemplada en el art. 53, inc. d) de la LOP —rescisión por razones fuerza mayor— y que, además, luego el juzgador se aparte de la excepción contenida en el último párrafo del art. 54 de la norma que establece que si se produce la rescisión por razones de fuerza mayor no se deben liquidar a favor del contratista los "gastos improductivos" que se probare haber tenido como consecuencia de la rescisión del contrato, rubro indemnizable por regla general según lo dispone el art. 54 inc. e).

Nuevamente, los planteos de la demandada no alcanzan para poner en crisis lo resuelto en las instancias de mérito.

3.2.4. A la hora de determinar la procedencia y el alcance de la indemnización que corresponde otorgar al contratista en este caso, los jueces de la causa entendieron que la subsunción legal de los hechos a partir de una interpretación literal de los preceptos contenidos en la LOP no conducía a un resultado plausible.

Concretamente, mediante la interpretación sistemática de los arts. 39 y 53 inc. d) de la LOP, los jueces sostuvieron mediante fundamentos expresos que el impedimento legal para reconocer en favor del contratista el rubro referido a los "gastos improductivos" dispuesto para los supuestos en que el contrato se rescinde por razones de caso fortuito o fuerza mayor (art. 54, *in fine*, LOP) ha sido establecido para cuando esa circunstancia provenga de un acontecimiento ajeno a las partes, supuesto que no se observa en el caso. En palabras del juez de primera instancia, "no hay duda de que la distribución del sacrificio que la exclusión implica sólo tiene

justificación cuando la rescisión se ha producido por hechos ajenos a la voluntad de las partes y que, por ende, ambas deben soportar (es decir, el caso típico de caso fortuito o fuerza mayor, según el art. 514 y concordantes del Cód. Civil), pero de ninguna manera cuando, en la hipótesis especial de la ley de obra pública, también se asimila a esa causa la culpa del comitente (en el sentido del art. 512 del Cód. Civil), como sucede concretamente en autos" (conf. punto XV.1 de la sentencia del juez de grado que coincide con lo expresado en el punto 14.2 del voto del juez Centanaro al que adhirió el juez Russo y en el punto 3 del voto de la jueza Daniele, fs. 950 y 950 vta., fs. 1041 y fs. 1044 vta., respectivamente).

Este argumento central utilizado en la decisión objetada no ha sido confrontado correctamente por la recurrente ante esta instancia, en tanto ella se limita a insistir que no ha mediado en el caso culpa de la Administración que justifique la rescisión. A estos efectos, tampoco resulta hábil para revertir el criterio adoptado en la sentencia la invocación genérica del derecho de propiedad (art. 17, C.N.).

3.2.5. De la lectura del recurso surge que la demandada no se ha ocupado de rebatir de manera concreta y razonada el desarrollo argumental de los jueces de la causa que hicieron hincapié en que el art. 39 de la LOP, al regular los supuestos de pérdidas, averías o perjuicios que admiten una indemnización en favor del contratista, asimila en cuanto a sus consecuencias las causales de obrar culposo de los empleados de la administración con las de caso fortuito o fuerza mayor, aclarándose además que quedan abarcados por estos dos últimos conceptos aquellos efectos que tengan "causa directa en actos de la administración pública no previstos en los pliegos de licitación" —inc. a).

Este régimen especial aludido por los jueces que la recurrente no se ocupó de valorar con la profundidad que las circunstancias demandaban, por un lado, se aparta de las previsiones del Código Civil al hacer asumir un riesgo a la Administración que, llegado el caso, debe afrontar una indemnización por causas que le son ajenas. Cabe aclarar que la decisión legal apuntada, según autorizada doctrina, ha sido adoptada "por razones de acertada política jurídica" (Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, t. III-B, p. 576, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998); y ella tiene varias explicaciones, entre las que se destacan aquellas que sostienen que, con ello, se busca promover la concurrencia de interesados a los procesos de licitación y se evita el encarecimiento de la contratación, por ejemplo, por la repercusión en el precio contractual de las primas de los seguros que, de otro modo, el contratista debería concretar (conf. Druetta, Ricardo Tomás y Guglielminetti, Ana Patricia, Ley 13.064 de Obras Públicas —Comentada y Anotada—, pp. 292 y 293, LexisNexis, Buenos Aires, 2008, con cita de Villar Palasí).

Por otro lado, la siguiente peculiaridad que exhibe el art. 39 de la LOP es que, en su inc. a), como ya se expresó, la fuerza mayor puede abarcar casos que no son extraños a la voluntad de las partes —hechos del comitente no previstos en los pliegos o actos del poder público—. El alcance de esta disposición, según los dos últimos autores precedentemente citados, puede involucrar tanto a hechos, actos o comportamientos directos del comitente, como hechos, conductas o actos de alcance

particular o general, normativos o no normativos, de órganos administrativos que impongan al contratista obligaciones o cargas de naturaleza extracontractual (ob. cit., p. 298).

Es desde esta perspectiva, entonces, que los jueces de la causa han sostenido que la limitación que suprime la indemnización de los gastos improductivos que se probare tener como consecuencia de la rescisión del contrato para los supuestos de fuerza mayor sólo puede encontrarse justificada en aquellos casos típicos en los que el factor extraordinario que perturba la ecuación económico-financiera del contrato resulta extraño a las partes, supuesto en que la LOP parece atribuir responsabilidad al Estado sobre la base de la teoría del riesgo (p. ej.; hechos naturales como inundaciones, sequías, lluvias, deshielos, etc.) —conf. Marienhoff, ob. cit., p. 576—; por el contrario, si se demuestra que la responsabilidad surge con motivo de algún hecho, acto u omisión atribuible al Estado —aun subsumido formalmente en una situación de fuerza mayor—, por aplicación de las reglas generales que regulan la materia, ella, en principio, debe responder por el daño emergente sin las limitaciones del último párrafo del art. 54 LOP.

Así expuesta, entiendo que la diferenciación destacada por los jueces de la causa para reconocer en la indemnización el rubro referido a los gastos improductivos, más allá de su acierto o error, impide atribuir al pronunciamiento apelado conceptos contradictorios, teniendo en cuenta también el tratamiento del apuntado rubro que surge de los términos expresos de la última parte de la cláusula novena del contrato suscripto entre las partes —transcripta precedentemente en este voto—, con lo cual la tacha de arbitrariedad formulada por el GCBA carece de sustento.

Parece oportuno recordar, a mayor abundamiento, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un precedente donde se declaró la rescisión del contrato por causas de fuerza mayor "ajenas al comportamiento de las partes", estimó que "nada obsta a que se declare que la causa que determinó la rescisión fue el casus —por sí no imputable a las partes— y simultáneamente se considere la conducta exteriorizada por la comitente de la obra pública ante dicha contingencia, a fin de precisar cómo cada una de las partes habría de soportar las consecuencias del evento sobre las prestaciones recíprocas y, en definitiva, el quantum de la compensación que por diversos conceptos debería recibir la contratista, de conformidad con las disposiciones legales que se juzgaron aplicables (arts. 39, 53 inc. d, 54 y concordantes de la ley 13.064)" —*in re* "Francisco Cacik e Hijos S.A. v. Dirección Nacional de Vialidad", sentencia del 5/5/92, *Fallos*, 315:865—. También desde esta perspectiva parece incorrecto pasar por alto la conducta irregular de la comitente luego de la suspensión de los trabajos, consistente en guardar silencio ante los reiterados reclamos formulados por su contratista, para de este modo pretender, no ya para encuadrar el caso en la fuerza mayor, sino para determinar el justo *quantum* indemnizatorio, que la rescisión se originó en causas concurrentes o totalmente extrañas a las partes.

Aclaro además, a todo evento, que en este punto referido a los gastos improductivos la demandada se ha limitado a formular sus planteos sin cuestionar la

eficacia probatoria de las constancias obrantes en el expediente que permitieron a los jueces calcular el rubro, definir su alcance y en consecuencia fijar la pertinente indemnización.

En síntesis, la recurrente, con su genérica argumentación orientada tan sólo demostrar en el caso la falta de culpa de la Administración para oponerse a la rescisión declarada y al reconocimiento de la indemnización en concepto de gastos improductivos —mera reiteración de afirmaciones vertidas y desestimadas con anterioridad—, no ha logrado desvirtuar lo decidido en la sentencia en torno a estas cuestiones, pronunciamiento que, como se ha visto, contiene una valoración posible de los términos de la ley ante un caso que no se encuentra previsto de manera expresa por ella.

3.3. La tasa de interés y la decisión del *a quo* que descartó la aplicación al caso de la ley 23.928 (tercer agravio).

3.3.1. La tasa de interés.

El GCBA cuestiona también la aplicación de la tasa activa para la deuda anterior al convenio suscripto en diciembre de 1990. Sostiene, en sustancia, que la llamada Ley de Convertibilidad n° 23.928 vedó los mecanismos de actualización (art. 7°), criterio sostenido por la legislación posterior (ley 25.561), y que se trata de disposiciones de orden público (art. 13, LC). Señaló que la estipulación de la tasa activa en el convenio tuvo que ver con que fue celebrado en un período de inflación. Agregó que la suma de la tasa activa más los intereses punitorios (fijados en el 36 % anual en la sentencia) excede el límite previsto por el art. 622 del Cód. Civil.

Es correcto el señalamiento efectuado por el recurrente. A partir de la vigencia de la ley 23.928, la tasa de interés aplicable no puede contener un mecanismo de actualización del capital adeudado y quedaron sin efecto los establecidos, aun contractualmente, con anterioridad. El hecho que la norma sea de orden público enfatiza el carácter ineludible de su aplicación, sin que puedan oponérsele las razones de equidad invocadas por el juez de primera instancia para arribar a la decisión recurrida (véase puntos XIV.1.A, B y C, fs. 948 y vta.).

En cuanto a la tasa aplicable a las obligaciones anteriores al convenio, instrumentadas en los documentos pagaderos en 1991 (cláusula quinta, fs. 5) el convenio estableció que en caso de mora se aplicaría la tasa "activa, no regulada, del Banco de la Ciudad de Buenos Aires", "con más un interés punitorio de un 20 % de dicha tasa". El fallo de primera instancia mantuvo la tasa activa, pero estableció el interés punitorio en un 3 % mensual.

No cabe prescindir, como lo señalé en el párrafo precedente, de las modificaciones que impuso la ley 23.928 y su reglamentación. Así, el dec. nac. 941/91 (modificado por dec. 2289/92) estableció en su art. 5º, último párrafo, que "Los intereses moratorios que correspondan por los 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".

Se trata de una norma posterior al contrato que modificó los intereses moratorios. En consecuencia, el cobro de los documentos no puede sufrir el impacto de la tasa activa establecida en el contrato y en la sentencia.

De acuerdo con la reglamentación, corresponde la aplicación de la tasa pasiva promedio mensual del Banco Central de la República Argentina por todo el período de la mora. Sin embargo —tal como se aplica usualmente en la jurisprudencia del fuero CAyT local— corresponde efectuar una precisión debido a la sanción de la ley 25.561 y a la situación de emergencia que dicha norma reconoció: 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 mismo 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.

La solución que se adopta en este punto no importa suscribir un criterio general ni definitivo para este tipo de cuestiones. El temperamento adoptado se encuentra marcadamente vinculado a las particularidades y al resultado final del presente litigio, donde el trasfondo de las cuestiones debatidas remite a un contrato de obra pública ejecutado tan sólo en una mínima parte y cuya rescisión ha determinado una reparación que comprende los gastos y trabajos realizados por la contratista que estimo ajustada a derecho. Es que, en términos concretos, no puede pasar desapercibido que los problemas ventilados en este contencioso se tradujeron también en perjuicios para la comunidad toda —que reflejan la forma deficiente en que, a veces, la Administración puede llegar a disponer de los dineros públicos—. Los perjuicios apuntados los sufrieron de manera directa los vecinos del barrio de Flores, porque en su momento no pudieron verse beneficiados por los trabajos de reacondicionamiento de calles acordados; y de manera indirecta, todos aquellos vecinos que, en cumplimiento del deber de contribuir, tributaron y tributan para conformar el tesoro público de la Ciudad. Ello así, por cuanto, más allá de que los conceptos de Aristóteles para definir la Justicia como virtud perfecta —en Ética a Nicómaco—, a través del método geométrico-matemático del justo medio entre dos extremos, han merecido despiadadas críticas, no pierden su virtud para conjurar los vicios que podrían verificarse en casos complejos como el presente, de no evitarse pecar tanto por exceso como por defecto.

Tal criterio no dista, en lo fundamental, del señalado por el Tribunal en los autos "'T., S. N. y otros s/daños y perjuicios (excepto resp. médica) s/recurso de apelación ordinario concedido' en expte. n° 6400/0 'T. S. N. y otros c/GCBA y otros sobre daños y perjuicios (excepto resp. médica)'", expte. n° 4912/06, sentencia del 6/11/2007, en el que se siguió el temperamento señalado por la CSJN en los autos "Cohen, Eliazar c/Río Negro, provincia de y otros s/daños y perjuicios", sentencia del 30/5/2006 (*Fallos*, 329:2088): intereses calculados a la tasa pasiva promedio publicada por el BCRA.

En cuanto a los intereses punitorios, el recurrente no ha demostrado lo que afirma: que junto con los intereses compensatorios superen el máximo admitido por el art. 622, Cód. Civil. Ello así pues no ha indicado siquiera cuál sería la "tasa de los bancos oficiales en operaciones de descuentos ordinarios" que opera como base para la limitación a la acumulación que la ley censura ("podrán llegar hasta dos veces y media").

3.3.2. La Ley de Consolidación de Deudas n° 23.982.

El GCBA se agravia porque la sentencia no consideró que la deuda reclamada estaba consolidada, de conformidad con lo establecido por la ley 23.982. Sin perjuicio de lo señalado en las instancias anteriores, parece claro que la pretensión del GCBA de consolidar en el Estado nacional el monto de la condena pierde de vista que esa decisión implica sustituir al deudor y constituir a la Nación Argentina en el sujeto responsable de cancelar ese pasivo. Cualquiera que sea la interpretación que se intente de las disposiciones referidas de las leyes 23.982 y 25.344 en relación con la continuidad del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en la posición de la ex Municipalidad, lo cierto es que bajo ningún aspecto es posible imponer al Estado nacional el pago (en la forma que fuera) de una deuda que, en principio, estaría en cabeza del GCBA. Y es claro que en el juicio no se ha dado participación a la Nación para que pueda defenderse. El planteo, entonces, debe ser rechazado.

3.4. La mora en los certificados n$^{os.}$ 2 y 3 de obra (cuarto agravio).

El GCBA cuestiona encontrarse en mora en el pago de los certificados n° 2 y 3 de obra —que nunca fueron cancelados— pues atribuye al actor no haber sido diligente para su cobro. El planteo carece de seriedad ya que, como bien se señaló en el fallo recurrido, el deudor no anotició al acreedor su disposición de cancelar la deuda. Para que proceda la mora del accipiens, el deudor debe intimarlo a recibir el pago, lo que no sucedió. Sólo le asiste razón en cuanto al planteo relativo a la tasa de interés, al que resulta aplicable lo señalado en el punto 3.3.1. precedente.

3.5. Los agravios que la Cámara declaró desiertos respecto de la condena por gastos adicionales no compensados, gastos generales e indirectos y retención de garantías y fondos de reparo. El agravio subsidiario relativo al doble cálculo del monto del fondo de reparo correspondiente a los certificados de obra n^{os} 2 y 3 (sexto agravio).

3.5.1. Todos los agravios planteados, de una u otra manera, contra la condena a indemnizar los gastos improductivos, rubro que comprende en este caso aquellos identificados en la sentencia recurrida como "gastos adicionales no compensados" y los "gastos generales e indirectos", ya han sido abordados, con lo cual nada cabe añadir en este aspecto.

3.5.2. En cuanto a la oposición que se efectúa respecto de la condena a la devolución de los fondos de reparo retenidos (puntos XV.6 y XVI.1.F. de la sen-

tencia de primera instancia), como bien lo expresa la demandada, esta cuestión se encuentra anudada a la declaración de rescisión por culpa de la Administración resuelta en el caso. Como esa decisión, según se indicó precedentemente, no ha sido puesta debidamente en crisis por el recurso intentado, tampoco corresponde expedirse sobre el particular.

3.5.3. Por la forma en que se resuelve, subsiste el planteo subsidiario relativo al doble cálculo del monto del fondo de reparo correspondiente a los certificados de obra nos. 2 y 3, efectuado a la hora de establecer la indemnización en favor de la actora.

La recurrente expresa que, al establecerse en la sentencia objetada el monto que ella debe pagar en concepto de devolución de fondos de reparo retenidos (puntos XV.6. y XVI.1.F de la sentencia de primera instancia, fs, 954 vta.), se computan los valores por ese concepto relativos a los certificados de obra nos. 2 y 3, cuando expresamente el juez de grado ya los había computado al determinar la deuda derivada de la falta de pago de los dos certificados de mención (conf. punto XIV.3, en especial punto XIV.3.C. y punto XVI.1.B, siempre del pronunciamiento de primera instancia).

Si bien de manera sucinta, entiendo que el agravio está explicado con claridad y fue incorrectamente desestimado en la sentencia de la Cámara —al declarar desierta la apelación en este punto—. Ello justifica su tratamiento en esta instancia.

En efecto, el juez de grado sostuvo que para determinar el monto adeudado por los dos certificados ya mencionados tomó como referencia los cálculos del perito ingeniero, en los cuales no se dedujo el monto por los fondos de reparo. Aclaró en este sentido que no seguía el criterio adoptado por el perito contador, que sí había deducido esos valores, por considerarlo incorrecto dado que ellos debían, en definitiva, abonarse al contratista una vez resuelta la relación contractual (conf. punto XIV.3.C., fs. 949 vta.).

Ocurre que posteriormente, al considerar el monto total adeudado en concepto de fondos de reparo, el juez sí tomo como referencia los cómputos efectuados por el perito contador. Y como es lógico, el aludido experto en este punto de su peritaje había incluido aquellos valores referidos a los certificados de obra nos 2 y 3, porque antes los había deducido al calcular la deuda total que se derivaba de ellos (conf. punto g. del peritaje y planilla obrante a fs. 608/609).

En consecuencia, el agravio formulado debe prosperar. Corresponde entonces que en el ítem referido a la indemnización en concepto de retención de los fondos de reparo fijado en la suma $ 237.390 (puntos XV.6 y XVI.1.F. de la sentencia de primera instancia) se deduzcan específicamente los montos referidos a los certificados de obra nos 2 y3, porque ellos ya están comprendidos en la suma reconocida en los puntos XIV.3 y XVI.1.B. del decisorio ($ 67.404).

4. El recurso ordinario de Servicios Integrales S.A.

4.1. La pérdida de chance y los perjuicios causados por la afectación de la capacidad técnica y financiera de la empresa por mayor plazo que el establecido en el acuerdo.

SISA reitera el planteo formulado ante las instancias anteriores en cuanto a la falta de prueba de las chances perdidas. En verdad, en el escrito recursivo se intenta demostrar el grado de incidencia del monto de la deuda involucrada en este contrato en las capacidades técnica y financiera de la empresa para ser contratista en otras obras de ingeniería o arquitectura. Sin embargo, y sin desmedro de los porcentajes afectados señalados por la prueba pericial, lo cierto es que no se ha demostrado que existieran, en el lapso de afectación, otras convocatorias para la realización de obras, en las que la actora no pudo participar en atención a los porcentajes afectados por esta obra. De tal manera, es correcta la afirmación de los jueces cuando indican la insuficiencia probatoria en este punto. Y no se trata, como lo afirma SISA, de que se imponga una prueba diabólica ni que se le exija haberse inscripto en procedimientos de selección a sabiendas de su imposibilidad de competir con alguna posibilidad. Lo que se destaca en los fallos es que no ha acreditado siquiera que existieran contrataciones a las cuales vincular las chances que aduce frustradas. La mera reducción de la capacidad técnica y financiera de la empresa no es, por sí misma, resarcible. Por ello, el pedido no puede prosperar.

4.2. El mayor costo financiero para SISA.

La actora se agravia también por el rechazo de la demanda en cuanto al mayor costo financiero reclamado. En el fallo se desestimó el reclamo por falta de prueba que relacione el mayor endeudamiento de la empresa con la falta de cobro de las sumas adeudadas por el GCBA. Las operaciones numéricas practicadas no acreditan la relación de causalidad entre el mayor costo del endeudamiento de SISA y las obligaciones impagas o retrasadas por el Estado. No basta con exhibir el incremento de su deuda, debió demostrar que ello era sólo debido a la inconducta de su co-contratante, y no a otras causas vinculadas con el giro de la empresa (art. 301, CCAyT). En otras palabras, no basta haber sufrido un daño para que ello sea suficiente título de la respectiva indemnización, pues es necesario establecer el nexo de causalidad entre ese efecto dañoso y el hecho que suscita la responsabilidad en cuestión, en cuanto este hecho sea el factor por cuyo influjo ocurrió aquel daño. El agravio, entonces, debe ser rechazado.

5. Consideraciones finales.

En su memorial ante el Tribunal SISA expresó que el remanente de la obra a realizar era el 96,92 %, equivalente —aproximadamente— a u$s 940.000 al 1º/4/1991 (véase fs. 1069 vta./1070). Si las cuentas son correctas, el 3,08 % de la obra practicada (algo así como 1 ½ cuadra de las 48 originarias) era equivalente a cerca de u$s 30.000 también al 1º/4/1991. Frente a esas cifras, la condena dispuesta en primera instancia por $ 2.139.389,26 a la fecha de la demanda se traduciría en

un reconocimiento por el 3,08 % ejecutado de la obra de una cifra equivalente a su valor total.

No es menos cierto que el GCBA extremó su incumplimiento al punto de permanecer impagos ciertos certificados 18 años después de la fecha en que debieron cancelarse. Pero esa inconducta, grave por cierto, no es suficiente para justificar la ampliación exponencial de la deuda.

Así, razones de prudencia y justicia me inclinan a reajustar la condena dentro del margen que permite el ordenamiento jurídico, ya que resulta imprescindible respetar el derecho de defensa en juicio que le asiste a la actora. En este sentido cabe aclarar que, si bien la demandada no ha reclamado de modo expreso como petición subsidiaria una reducción en el monto de la indemnización acordada por razones de justicia y equidad —para el caso de no triunfar su postura orientada a deslindar de toda responsabilidad a la Administración por la frustración del contrato—, lo cierto es que este argumento puede entenderse como razonablemente comprendido en los términos de los distintos planteos defensivos esgrimidos por ella desde el inicio del proceso.

En virtud de lo expuesto, estimo que por aplicación analógica del art. 1638 del Cód. Civil (conf. *mutatis mutandi*, doctrina de *Fallos*, 296:729 y 308:821), al momento de efectuarse la liquidación definitiva que se encuentra pendiente, corresponde detraer el 20 % de la indemnización reconocida en el punto XIV.3 y XVI.1.B. de la sentencia del juez de grado en concepto de falta de pago de los certificados de obra nº 2 y nº 3 —únicos certificados que al día de la fecha no han sido cancelados por la demandada y que además de los gastos y trabajos efectivamente realizados en su momento por INMAR S.A. incluyen el beneficio empresario.

Cabe agregar que tal tipo de razones son las que también subyacen en la ley 24.283 por la cual se privilegia el valor "real y actual de dicha cosa o bien o prestación, al momento del pago" por sobre los resultados que se obtengan de la aplicación de "índices, estadísticas u otro mecanismo establecidos por acuerdos, normas o sentencias" para actualizar los valores. Que quede en claro que no propongo ahora la aplicación directa de esa ley, sino que traigo a colación su espíritu como una guía que orienta la comprensión de mi voto. Ha transcurrido demasiado tiempo para innovar en el contenido de la litis, y debe darse una solución que no dilate aún más la contienda ya que, además de la Justicia, la Seguridad es otro de los valores relevantes que los jueces deben hacer efectivos.

6. Resolución.

De conformidad a las consideraciones formuladas corresponde:

6.1. Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación planteado por el GCBA con el siguiente alcance: *a)* Modificar la tasa de interés por la mora en el pago de las obligaciones, correspondiendo aplicar 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; *b)* Disponer que en el ítem referido a la indemnización en concepto de retención de los fondos de reparo (puntos XV.6 y XVI.1.F. de la sentencia de primera instancia) se deduzcan los montos referidos a los certificados de obra nos. 2 y 3, porque ellos ya están comprendidos en la suma reconocida en los puntos XIV.3 y XVI.1.B. del decisorio; *c)* Detraer el 20 % de la indemnización reconocida en el punto XIV.3 y XVI.1.B. de la sentencia del juez de grado, en concepto de falta de pago de los certificados de obra nº 2 y nº 3, y *d)* Imponer las costas generadas por el recurso en el orden causado, en atención a que la presentación de la demandada ha prosperado parcialmente y a que en punto a los restantes agravios formulados la complejidad del caso pudo razonablemente haberle generado razones para recurrir.

6.2. Rechazar el recurso de apelación interpuesto por SISA. Costas a la vencida, por aplicación del principio objetivo de la derrota y no mediar circunstancias que justifiquen apartarse de él.

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez José O. Casás.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Los recursos de apelación ordinaria interpuestos por las partes son, tal como lo sostiene el señor juez de trámite Jose O. Casás, a cuyos argumentos remito, formalmente admisibles.

2. También coincido con la interpretación que el nombrado colega formula en relación con la previsiones del Acuerdo de Modificación y Refinanciación invocado por la actora para justificar la suspensión de los trabajos a su cargo frente a la mora en el pago de los certificados de obra; medida prevista de modo expreso en la cláusula novena del referido acuerdo (véase puntos 3.1.1 a 3.1.2.c del voto del juez Casás). Pese a que el demandado discrepa con la inteligencia y significado que la cláusula mencionada adquiere en el marco del referido Acuerdo sus agravios deben rechazarse conforme surge de las explicaciones brindadas en los puntos ya citados del voto de mi colega, juez Casás, que en este aspecto tomo como propios.

3. En cuanto al modo en que la sentencia impugnada calificó la rescisión del contrato, asiste razón al juez preopinante cuando sostiene que "...el recurso del GCBA dista de contener una crítica concreta y razonada de los fundamentos brindados por el tribunal *a quo*" y por tanto "...no resulta pertinente ingresar en su consideración" (punto 3.1.3 *in fine* del voto del juez Casás).

4. Las objeciones alzadas por el GCBA contra el reconocimiento de la reparación acordada en concepto de gastos improductivos tampoco pueden prosperar.

Los planteos formulados por la Administración recurrente se concentran en postular la ausencia de culpa de su parte en la ruptura del vínculo contractual

bajo estudio para, a su vez, apoyar la improcedencia del rubro mencionado en las previsiones de la LOP que lo excluye frente a rescisiones por fuerza mayor (art. 54 LOP); disposición que, según expone, fue dejada de lado por el *a quo* en función de la interpretación que la sentencia impugnada brindó a los arts. 39 y 53, inc. d, de la LOP previstos, conforme apunta el recurso, para supuestos diversos al de autos. Ello así, en sentido análogo al que postula el juez Casás, entiendo que la "genérica argumentación" del recurrente no logra poner en crisis la solución adoptada por la sentencia atacada en el aspecto que nos ocupa.

En efecto, ante la existencia del Acuerdo de Modificación ya aludido, la interpretación asignada a la normativa en juego no puede ser valorada en abstracto a menos que fuera de orden público, cosa que no se postula. A ese respecto, entonces, basta señalar que la procedencia del rubro resistido encuentra apoyo en las previsiones de la cláusula novena del mencionado "Acuerdo de Modificación y Refinanciación" según la cual "El no cumplimiento por parte de la MCBA de los pagos en los plazos acordados, dará el derecho a INMAR, a más el derecho de suspensión de la obra que se conviene, a prorrogar automáticamente los plazos de ejecución aquí pactados, en tantos días corridos como dure la mora de la MCBA, sin que ellos importe la modificación de los plazos fijados para el pago. A su vez, podrá exigir el resarcimiento de los Costos Indirectos en que pudiera incurrir durante el alargamiento del plazo contractual en concepto de obrador, equipos, herramientas, seguro, sueldos, jornales, cargas sociales del personal necesario afectado a la obra, y gastos de vigilancia durante el período de paralización , y/o cualquier otro gasto que demostrase en su momento" (véase punto 3.2.5 del voto del juez Casás).

Ello así, en tanto el recurrente, tal como señala el juez Casás en su voto, "...se ha limitado a formular sus planteos sin cuestionar la eficacia probatoria de las constancias obrantes en el expediente que permitieron a los jueces calcular el rubro y fijar (...) la pertinente indemnización" computada por el período de la suspensión y hasta la interposición de la demanda (v. punto XV.1.B de la sentencia de primera instancia, fs. 950 vta.), las objeciones propuestas no logran demostrar, a la luz de los términos del acuerdo citado, la invalidez de la condena resistida en el aspecto bajo estudio.

En suma, la demandada discrepa con la sentencia atacada sin acreditar que ella no resulte acorde con las previsiones contractuales aplicables (cláusula novena ya citada) pactadas, según se desprende del texto, para permitir que, aún frente a suspensiones en los trabajos originadas en la falta de pago por parte de la MCBA, la capacidad operativa de la contratista se mantuviera para, dadas las condiciones, poder retomarlos con celeridad. Se trata de un acuerdo orientado, por un lado, a garantizar a la Administración que, revertidos sus incumplimientos, la obra podría continuar sin necesidad de convocar a un nuevo contratista o de que el original tuviera que montar nuevamente la estructura para realizar la obra encomendada y, por otro, uno que refleja la voluntad de las partes de hacer pesar los "costos indirectos" generados por la suspensión, prevista en la ya citada cláusula novena, sobre el comitente.

Desde esa perspectiva, además, cobra especial relevancia analizar el comportamiento asumido por el entonces municipio. En tal sentido, remito al detallado

estudio de las actuaciones administrativas que el juez Casás formula en el punto 3.1.2.d de su voto para concluir que la falta de respuesta a las múltiples notas presentadas por la empresa, destinadas a superar los problemas para el cumplimiento del contrato, permite sostener, tal como lo hicieron los jueces de mérito sin que ello fuera rebatido por los agravios traídos ante esta instancia, que "...el silencio de la comitente es una constante a lo largo del conflicto" en la ejecución del contrato. La actitud asumida por la Administración en el desarrollo del contrato lejos esta de mostrar que los daños reclamados como gastos improductivos tengan origen o hayan quedado magnificados a partir del comportamiento de la contratista.

Por lo dicho, corresponde rechazar los agravios esgrimidos por el GCBA en relación con la reparación acordada en concepto de gastos improductivos.

5. En cuanto al resto de las cuestiones planteadas por el GCBA así como las que esgrime la actora en su recurso remito en honor a la brevedad a los diferentes apartados que integran el punto 3.3 y 4 del voto de mi colega, juez José O. Casás, a los que adhiero.

Finalmente, también comparto las consideraciones expuestas en el punto 5 del voto mencionado.

Por todo ello, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de apelación planteado por el GCBA con el alcance e imposición de costas indicados en el voto de mi colega, juez de trámite José O. Casás, y rechazar el recurso de apelación interpuesto por SISA, con costas a la vencida.

La jueza Ana María Conde dijo:

Comparto los fundamentos y conclusiones desarrollados por el juez de trámite, Dr. José O. Casás, en su meditado voto.

En efecto, el análisis de la cuestión efectuado por mi colega a partir del contrato de obra pública celebrado el 10/1/1989 entre la empresa INMAR S.A. y la —por entonces— Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, que tuviera por objeto la pavimentación y reacondicionamiento de 48 cuadras del barrio de Flores y del posterior acuerdo modificatorio y de refinanciación firmado el 1º/12/1990, ha agotado en forma suficiente las cuestiones planteadas en la causa. La ponderación prolija y exhaustiva de las pruebas aportadas por las partes y de las distintas alternativas de la conducta asumida por cada una de ellas, permiten afirmar la conclusión a la que se arriba acerca de la existencia de mora en la Administración, lo que determina su responsabilidad en la quiebra de la relación jurídica.

En consecuencia, estimo innecesario agregar fundamentos al enjundioso voto del Dr. Casás, al que adhiero votando en igual sentido.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* parcialmente al recurso de apelación planteado por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en los términos que surgen del

punto 6.1 del voto del juez Dr. José O. Casás; las costas del recurso se imponen en el orden causado.

2º. *Rechazar* el recurso de apelación planteado por Servicios Integrales S.A., con costas.

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 - José O. Casás.*

LXXVI

"NATURAL FOODS INDUSTRIAL EXPORTADORA S.A. C/GCBA S/COBRO DE PESOS S/RECURSO DE APELACIÓN ORDINARIO CONCEDIDO"

REGULACIÓN DE HONORARIOS PROFESIONALES: Actuación en segunda instancia.

SUMARIO:

1. Dado que las tareas profesionales corresponden a dos instancias recursivas distintas, 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, 2º 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. *(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).*

Expte. SACAyT nº 5686/07 - 21/4/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

La abogada Mariel V. Falcone, letrada apoderada de la demandada, solicitó que se procediese a regular los honorarios de la representación letrada del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, por su actuación ante esta instancia (fs. 769).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La actuación profesional que corresponde considerar para efectuar la regulación de honorarios que se solicita (fs. 769) comprende las contestaciones a los recursos ordinario de apelación (fs. 662/673 vta.) y extraordinario federal (fs. 739/751 vta.) interpuestos por la actora. Las decisiones respectivas impusieron las costas de cada uno de ellos a Natural Foods Industrial Exportadora S.A. (fs. 684/713 y fs. 753/756).

2. Las tareas profesionales objeto de la presente regulación corresponden a dos instancias recursivas distintas. La Dra. Mariel V. Falcone, en su carácter de apoderada del GCBA, suscribió las presentaciones de su parte en ambos recursos y fue patrocinada por el Dr. Pablo Gabriel Tonelli, en la contestación al recurso de apelación ordinario y por el Dr. Torcuato Alfredo Sozio, al responder el recurso extraordinario federal. En tanto el Dr. Pablo Gabriel Tonelli no firmó la contestación de la apelación federal no corresponde su inclusión en la regulación por esa instancia ya 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" [voto de la jueza Ana María Conde, al que adherí, 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].

3. La actividad de los profesionales en segunda o ulteriores instancias, a los fines arancelarios, se rige por el art. 14 de la ley 21.839: "se regulará (...) del veinticinco por ciento (25 %) al treinta y cinco por ciento (35 %) de la cantidad que deba fijarse para los honorarios de primera instancia", teniendo presente las pautas establecidas por el art. 6º de la ley 21.839. La regulación firme de primera instancia puede servir como base de cálculo de los honorarios que corresponden a las instancias posteriores, máxime cuando la peticionante no ha solicitado apartarse de la regulación efectuada por la Cámara. En tal sentido, se observa que la Sala II de la Cámara de Apelaciones elevó los honorarios establecidos por el juez de grado para la parte demandada, en conjunto, a la suma de $ 156.817 (fs. 621/624 vta.). Dicha regulación no fue objeto de impugnación posterior por las partes —adviértase, en este sentido, que el recurso ordinario de apelación articulado por la parte

actora (condenada en costas) no dirigió agravios autónomos contra la regulación practicada en la sentencia.

4. Resultando plausible partir de los honorarios fijados por la actuación ante la primera instancia ($ 156.817) y teniendo en cuenta que la actividad desplegada por los profesionales fue —según los pronunciamientos del TSJBA— eficaz para la defensa del derecho de la parte demandada, en tanto la lectura de los escritos objeto de regulación —contestaciones a los recursos ordinario de apelación y extraordinario federal— demuestran que quienes intervinieron en ellos plantearon ciertos reparos a la admisibilidad de los recursos articulados por la parte actora, en línea con lo que finalmente resolvió el Tribunal (rechazo de ambos recursos), estimo razonable y acorde a la pauta legal aplicable fijar los honorarios de los profesionales que intervinieron en la representación y dirección letrada del GCBA en la instancia del recurso ordinario de apelación, en conjunto, en la suma de $ 47.045, equivalente al 30 % de la base regulatoria firme (art. 14 ya citado), y otro tanto por la instancia del recurso extraordinario federal. A las sumas reguladas deberá adicionársele el IVA si correspondiere.

El pago de los honorarios regulados mediante la presente decisión deberá efectuarse a la orden conjunta de los letrados intervinientes —para que ellos se distribuyan los emolumentos en función de los trabajos efectivamente realizados por cada uno—, salvo que se solicite de manera expresa al Tribunal la adopción de otro temperamento (voto de la jueza Ana María Conde, al que adherí, en los autos "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Datco S.A...." ya citados).

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

Adherimos al voto de nuestro colega, el juez Luis F. Lozano.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Coincido con el monto que el señor juez de trámite propone para la regulación de honorarios solicitada ($ 47.045 para la instancia del recurso ordinario de apelación y $ 47.045 para la instancia del recurso extraordinario federal). Ello, por los fundamentos expresados en los puntos 1, 2, 3 y 4 primer párrafo de su voto, a los que adhiero.

Sin embargo, considero que —en los términos del art. 9º de la ley 21.839— la suma fijada en el voto de mi colega preopinante debe distribuirse del siguiente modo: *a)* para la instancia del recurso ordinario de apelación, $ 30.580 al Dr. Pablo Gabriel Tonelli y $ 16.465 a la Dra. Mariel V. Falcone; y *b)* para la instancia del recurso extraordinario federal, $ 30.580 al Dr. Torcuato Alfredo Sozio y $ 16.465 a la Dra. Mariel V. Falcone.

Las sumas que propicio regular a la letrada apoderada del GCBA equivalen al 35 % de lo que en cada caso le corresponde a los letrados patrocinantes intervinientes. Encuentro ese monto razonable, teniendo en cuenta que el art. 9º de la ley 21.839 establece que "[l]os honorarios de los procuradores serán fijados entre un

treinta por ciento (30 %) y un cuarenta por ciento (40 %) de lo que le correspondiere a los abogados" y que "[c]uando los abogados también actuaren como procuradores percibirán los honorarios que correspondiere fijar si actuaren por separado abogados y procuradores".

Así lo voto.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Regular* los honorarios de los Dres. Falcone y Tonelli por la labor desarrollada en la contestación del recurso ordinario de apelación, en conjunto, en la suma de $ 47.045 (cuarenta y siete mil pesos con cuarenta y cinco centavos); y los de los Dres. Falcone y Sozio por la realizada en la contestación al recurso extraordinario federal, en conjunto, en la suma de $ 47.045 (cuarenta y siete mil pesos con cuarenta y cinco centavos). Con más el IVA, si correspondiere.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y se devuelva al juzgado remitente.

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

LXXVII

"COMPAÑÍA INDUSTRIAL CERVECERA S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'COMPAÑÍA INDUSTRIAL CERVECERA S.A. C/GCBA S/OTRAS CAUSAS CON TRÁMITE DIRECTO ANTE LA CÁMARA DE APEL.'"

RECURSO DE QUEJA: Caso constitucional.
Arbitrariedad de sentencia. Cuestiones de hecho y prueba.

SUMARIOS:

1. El recurso de queja debe ser rechazado porque no cumple el requisito necesario de expresar una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, ni logra rebatir sus fundamentos precisos, que son acompañados de referencias concretas al caso en análisis. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Ana María Conde, José O. Casás y Luis F. Lozano).*

2. Corresponde desestimar el recurso de queja cuando se limita a reiterar los agravios que se vinieron sosteniendo desde instancias anteriores, y solo atacó el auto que rechazó su impugnación constitucional muy escuetamente, sin demostrar un esfuerzo por rebatir las razones en las cuales se basó la Cámara para denegar el recurso de inconstitucionalidad (la ausencia de cuestión constitucional y de

arbitrariedad en la sentencia impugnada). *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

Expte. SACAyT nº 6738/09 - 21/4/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Con fecha 15/8/2004, la Dirección de Lealtad Comercial del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires realizó una inspección en el campo de deportes del Club Atlético River Plate, sito en la Av. Figueroa Alcorta 7597. En el marco de dicho procedimiento se constató que en la publicidad estática de la firma Budweiser ubicada en el perímetro del campo de juego no se había incluido la leyenda "Beber con moderación. Prohibida su venta a menores de 18 años" (en adelante, la "Leyenda"). La misma omisión se comprobó en la publicidad de Budweiser que se hallaba al frente de un puesto de comidas y bebidas dentro del estadio, así como en las casacas de la institución utilizadas por los jugadores.

Mediante disposición 4778/06 la Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires le impuso a Compañía Industrial Cervecera S.A. (en adelante, "CICSA") una multa de ciento cincuenta mil pesos ($ 150.000) por violación a los arts. 1º y 2º de la resol. 789/SICyM/98, complementaria de la ley 22.802 y le ordenó la publicación de la sanción en el diario *Clarín* (fs. 22/24).

El art. 1º de la resol. 789/SICyM/98 (Boletín Oficial de la República Argentina del 27/11/1998) establece lo siguiente: "Quienes publiciten bienes y/o servicios por cualquier medio, deberán hacer constar la información exigida por las normas legales vigentes respetando las condiciones y modalidades establecidas por la presente Resolución. Estos requisitos deberán hacerse extensivos a toda información de cuya omisión resulte que el mensaje publicitario de que se trate, pueda inducir a error, engaño o confusión a sus destinatarios, acerca de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción, de los bienes o servicios ofrecidos." El art. 2º de la mencionada resolución prevé que "[t]oda publicidad de bienes y/o servicios difundida a través de medios gráficos, deberá indicar la información alcanzada por el artículo anterior con caracteres tipográficos no inferiores a dos milímetros (2 mm) de altura o, si ésta estuviera destinada a ser exhibida en la vía pública, el dos por ciento (2 %) de la altura de la pieza publicitaria. La misma deberá tener un sentido de escritura idéntico y contraste de colores equivalente al de la mención del bien o servicio ofrecido y tipo de letra fácilmente legible".

2. CICSA dedujo recurso directo de apelación ante la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad para cuestionar la disposición 4778/DGDYPC/06 (fs. 26/37).

La empresa expresó:

i) que la conducta que se le imputa "fue erróneamente calificada como una infracción a lo dispuesto en la resol. 789/SCIyM/98, y en consecuencia a la ley 22.802 que aquélla reglamenta, cuando en realidad es evidente que debió haberse imputado una infracción a lo dispuesto en el art. 6º de la ley 24.788 [Ley Nacional de Lucha contra el Alcoholismo], que es la que impone la obligación de incluir la Leyenda en las publicidades de bebidas alcohólicas" (fs. 28 vta.);

ii) que la Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor del GCBA era incompetente para dictar el acto administrativo cuestionado, pues el art. 19 de la ley 24.788 establece la competencia exclusiva de la justicia correccional para imponer sanciones por incumplimientos a esta última norma;

iii) que se respetó la finalidad de la ley 24.788 ya que la Leyenda fue puesta en conocimiento del público por diversos medios (alternativos);

iv) que (fs. 30 y vta.) "(...) resulta a todas luces absurdo considerar la camiseta de cada jugador y cada cartel (...) como una publicidad autónoma, que deba incluir en forma individualizada la Leyenda" pues "[l]a inclusión de la marca 'Budweiser' en las camisetas y en los diversos carteles existentes en el Estadio debería ser considerada como 'una única publicidad'...";

v) que (fs. 32) "(...) la ley 24.788 (...) expresamente dispone que la multa máxima a imponer en caso de incumplimiento de sus disposiciones es de $ 100.000" y que "(...) eludir ese tope mediante la invocación de la escala prevista en la ley 22.802 es absolutamente ilegítimo, por cuanto no es esta ley ni su normativa complementaria la que establece la obligación de incluir la Leyenda en las publicidades de bebidas alcohólicas";

vi) que la Administración no tuvo en cuenta tampoco, al graduar la multa, la falta de reincidencia, la puesta en conocimiento de la Leyenda por medios alternativos y la falta de gravedad de la infracción imputada a CICSA; y

viii) que la publicación del acto impugnado es improcedente pues la ley 24.788 no prevé dicha sanción.

3. La Sala II confirmó el acto administrativo en cuanto a la violación de los arts. 1º y 2º de la resol. 789/SICyM/98, y redujo la multa impuesta hasta la suma de $ 100.000 (fs. 39/45). La jueza Daniele adhirió al voto del juez Russo. El juez Centanaro coincidió con el juez Russo en que CICSA violó los arts. 1º y 2º de la resol. 789/98 y en que correspondía la publicación de la sanción, pero —a diferencia del voto mayoritario— opinó que debía confirmarse la multa impuesta por la DGDYPC en lugar de reducir su monto.

En primer lugar, el ministro Russo destacó que no estaba controvertido en autos que "(...) el día en que se efectuó la inspección documentada mediante el acta

de fs. 2/3, en las publicidades del producto `Budweiser` situadas en el perímetro del campo de juego del Club River Plate y en las casacas de los equipos de fútbol de la institución, no constaba la leyenda `Beber con moderación. Prohibida su venta a menores de 18 años`" (fs. 40). A partir de dicha premisa, señaló que correspondía dilucidar si la Administración había encuadrado los hechos en el régimen jurídico que les resultaba aplicable o no.

El magistrado mencionó las siguientes normas: *i)* el art. 42 de la C.N., que reconoce el derecho de los consumidores y usuarios "a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos" así como "a una información adecuada y veraz"; *ii)* el art. 46 de la CCBA que establece que la Ciudad protege "la salud, la seguridad y el patrimonio de los consumidores y usuarios" a quienes asegura "el acceso a la información transparente, adecuada, veraz y oportuna"; *iii)* el art. 4º de la ley 24.240 (texto sin reformas de la ley 26.361, que no estaba vigente al inicio del proceso), según el cual "[q]uienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios, deben suministrar a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos"; y *iv)* el art. 9º de la ley 22.802, que prohíbe "la realización de cualquier clase de presentación, de publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño, o confusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios". El camarista también recordó que en "Galerías Pacífico S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Galerías Pacífico S.A. c/GCBA s/otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones'", sentencia del 10/8/2005, expte. n° 3901/2005, el Tribunal se refirió a la relación directa entre el art. 9º de la ley 22.802 y la obligación de informar prevista en los arts. 42 de la C.N. y 46 de la CCBA.

Asimismo, el vocal explicó que si bien el propósito que se declara en la ley 24.788 (Ley Nacional de Lucha contra el Alcoholismo) es combatir "el consumo excesivo de alcohol", dicha norma "(...) también se vincula ostensiblemente con la consecución de otras finalidades, como la protección del derecho a una información adecuada y veraz y de la salud de consumidores y usuarios" (fs. 41). Y agregó que la prohibición contenida en el art. 6º de la ley 24.788 (prohibición de publicitar el consumo de bebidas alcohólicas sin incluir la Leyenda), "queda comprendida dentro del deber general de información contemplado en el art. 42 de la C.N...." (fs. 41).

A partir de las consideraciones hasta aquí reseñadas, el juez Russo concluyó:

i) que (fs. 41) "publicitar una bebida alcohólica sin incorporar las leyendas prescriptas por la ley 24.788 en su art. 6°, implica vulnerar, además de esta cláusula, el art. 9° de la ley 22.802, dado que esta omisión importa una inexactitud u ocultamiento que puede inducir a error, engaño o confusión sobre las características o propiedades del producto promocionado";

ii) que (fs. 41) "[a] la vez, la publicidad que carece de estas advertencias es contraria a la resol. 789-SCIyM-98, en tanto no contiene "la información

exigida por las normas legales vigentes" (art. 1°) —en este caso, la ley 24.788—, ni respeta las demás condiciones y modalidades pautadas en los arts. 1° y 2° [de la resol. 789/98]"; y

iii) que (fs. 41 y vta.) "[e]n definitiva, un anuncio que no reúne los requisitos señalados no constituye información 'adecuada y veraz' y no emplea recursos conducentes para preservar la salud y la seguridad de los potenciales consumidores, por lo que lesiona los arts. 42 de la C.N., 46 de la CCBA y 4° de la ley 24.240";

iv) que (fs. 41 vta.) "(...) lejos de excluirse entre sí, estos preceptos conforman un bloque armónico, que tiende a la tutela de bienes jurídicos análogos y que prevé medios complementarios para alcanzar esos objetivos"; y

v) que (fs. 41 vta.) "(...) la inteligencia que propone la actora opone los regímenes de las leyes 22.802 y 24.788, los neutraliza y los priva de eficacia, por lo que debe ser descartada".

Por lo tanto, el magistrado juzgó que la ley 22.802 y la resol. 789/SCIyM/98 resultan "plenamente aplicables al caso" (fs. 41 vta.).

Por otra parte, el camarista rechazó el agravio de CICSA vinculado con la supuesta incompetencia del órgano emisor del acto sancionatorio. Ello, por considerar que "(...) la Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor de la CABA obró dentro del marco fijado por las normas que rigen su actuación" (fs. 42). Resaltó:

i) que los arts. 13 y 16 de la ley 22.802 prevén "un esquema de atribuciones de control y de jurisdicción que pueden ser ejercidas coordinadamente por las autoridades nacionales o locales" (fs. 42);

ii) que (fs. 42) "[e]n la especie, la conducta sancionada se llevó a cabo en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, por lo que (...) el GCBA se encontraba habilitado para intervenir en su fiscalización y punición";

iii) que la ley (local) 757 (de Procedimiento Administrativo para la Defensa de los Derechos del Consumidor y del Usuario) "contempla la competencia de '[l]a máxima autoridad del Gobierno de la Ciudad en materia de defensa de los consumidores y usuarios' (art. 2°) para la aplicación de las leyes de Defensa del Consumidor y de Lealtad Comercial y de sus disposiciones complementarias (arts. 1°, 2° y 3°), entre las cuales (...) se halla la resol. 789/SCIyM/98" (fs. 42);

iv) que el art. 2º del dec. 17/03 establece que "[l]a Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor, actúa como Autoridad de Aplicación del Procedimiento Administrativo para la Defensa de los Derechos del Consumidor y del Usuario, aprobado por la ley 757"; y

v) que (fs. 42 vta.) "(...) la competencia otorgada al GCBA en esta materia no importa vulneración del derecho de defensa de la firma sancionada, ni afecta su acceso a la jurisdicción" pues "(...) el procedimiento reglado por la ley 757 establece —entre otras garantías— la posibilidad del imputado de presentar su descargo y de ofrecer prueba (art. 9°), como también una

instancia judicial de revisión plena de la decisión recaída en el sumario (art. 11)"; y "[t]ampoco se ha invocado ni demostrado que la actora hubiera sido sometida a doble juzgamiento por la misma infracción que motivó esta litis".

También se desestimó el planteo de CICSA relacionado con el cumplimiento por otros medios de la finalidad de la ley 24.788. El juez Russo afirmó:

i) que la ley 22.802 y la resol. 789/98 tipifican infracciones formales, con lo cual es suficiente que se incurra en alguna de las conductas descriptas en la norma para aplicarse la sanción, es decir, que no es necesario que se compruebe el acaecimiento de un perjuicio concreto; y

ii) que (fs. 42 vta./43) "[e]n la medida en que la actora admitió haber incurrido en la omisión que se le imputó, el uso de medios alternativos para lograr los propósitos de la ley 22.802 y de la resol. 789-SCIyM-98 resulta irrelevante a efectos de eximirla de responsabilidad por la falta cometida".

El vocal tampoco acogió favorablemente el argumento de la empresa vinculado con la innecesariedad de incluir la Leyenda en todos los medios publicitarios existentes en el estadio. Destacó que tanto el art. 9º de la ley 22.802 como el art. 1º de la resol. 789/98 "se refieren a 'todos' los recursos promocionales utilizados, sin excepción; por lo que no sería razonable sostener que algunos medios propagandísticos quedan (*sic*) fuera del alcance de las normas citadas" (fs. 43).

En cuanto al *quantum* de la multa, el magistrado merituó:

i) que la actora no era reincidente en los términos del art. 16 de la ley 757 ni de la ley 22.802;

ii) que la empresa difundió la Leyenda a través de medios alternativos; y

iii) que CICSA admitió la falta cometida.

Por tales motivos, el camarista entendió que correspondía reducir la multa aplicada "hasta alcanzar el monto de cien mil pesos ($ 100.000); suma que, por lo demás, coincide con el límite máximo que contempla el art. 18 de la ley 24.788" (fs. 43 vta.).

4. Contra la sentencia de fs. 39/45, la accionante interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 47/53 vta.). Afirmó que la Cámara:

i) imputó equivocadamente a CICSA una infracción a lo dispuesto en la resol. 789/SICyM/98 y en consecuencia a la ley 22.802 que aquélla reglamenta, cuando debió habérsele imputado una infracción a lo dispuesto en el art. 6º de la ley 24.788, que es la que impone la obligación de incluir la Leyenda en las publicidades de bebidas alcohólicas;

ii) afectó su derecho de defensa al aplicar "un régimen sancionatorio específico por una infracción a una norma que prevé sus propias sanciones" (fs. 50 vta.), lo que —siempre a juicio de la empresa— "podría llegar a provocar el absurde (*sic*) de que por una misma infracción se impongan dos sanciones (una administrativa, como la que se discute en autos, y otra contravencional, como la establecida en la ley 24.788)" (fs. 50 vta./51);

iii) vulneró su derecho de defensa pues no tuvo en cuenta que según las constancias del expediente la empresa habría difundido la Leyenda por medios alternativos, cumpliendo así la finalidad de la ley 24.788;

iv) citó un fallo inaplicable dado que en autos no se habría dañado a terceros, a diferencia de lo ocurrido en el precedente "Galerías Pacífico S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Galerías Pacífico S.A. c/GCBA s/otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones'", sentencia del 10/8/2005, expte. nº 3901/05;

v) "(...) contradijo lo dispuesto por el art. 13 inc. 9º de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que establece que se erradica de la legislación de la Ciudad y no puede establecerse en el futuro ninguna norma que implique, expresa o tácitamente, peligrosidad sin delito" (fs. 52);

vi) "infringió los criterios de razonabilidad establecidos en el art. 28 de la Constitución Nacional, toda vez que, a pesar de haber reducido la Multa a $ 100.000, este monto aun resulta abiertamente exorbitante con relación a la insignificancia de la infracción cometida" (fs. 52);

vii) debió haber reducido aún más el monto de la multa ya que —a criterio de la actora— no se produjo perjuicio alguno; y

viii) no debió confirmar la publicación del acto impugnado pues —entre otras razones que aduce la firma— la ley 24.788 no prevé dicha sanción.

5. La Sala II declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad de la accionante (fs. 9/11 vta.), lo que motivó la queja que tramita en autos (fs. 55/62).

6. El señor fiscal general emitió dictamen a fs. 87/90 vta., propiciando el rechazo del recurso directo.

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La queja de CICSA fue interpuesta oportunamente (art. 33 de la ley 402). Sin embargo, no puede ser admitida.

2. Al declarar inadmisible el recurso de inconstitucionalidad de fs. 47/53 vta., los magistrados señalaron:

i) que el debate giró en torno de la interpretación de cuestiones de hecho y prueba;

ii) que (fs. 10) "(...) para arribar a la solución adoptada fueron analizados los argumentos y pruebas aportadas en orden a determinar si existieron o no las causales que motivaron la multa impuesta, y se evaluó su correspondencia con las normas, principios y reglas del derecho administrativo aplicables" y que una vez establecida la legitimidad del acto impugnado, también se analizó la razonabilidad del quantum de la sanción;

iii) que (fs. 10 vta.) "(...) las tratadas fueron todas cuestiones relativas a los hechos, su prueba y adecuación a las normas legales aplicables al caso,

de naturaleza infraconstitucional, acompañadas de adecuada fundamentación";

iv) que (fs. 10 vta.) "la actora no plantea en forma adecuada un caso constitucional, pues en aquellos pasajes en que intenta vincular sus agravios con normas constitucionales —locales o nacionales— lo hace en forma genérica y sin satisfacer el mínimo de explicación necesario para vincular las normas constitucionales que cita con las circunstancias de la causa"; y

v) que los argumentos de la accionante vinculados con la doctrina de la arbitrariedad "(...) sólo logran traducir su disconformidad con la interpretación de los hechos y las normas locales en juego y con la valoración de la prueba aportada en la causa y que constituyen el fundamento del decisorio, sin lograr demostrar cuáles serían sus vicios lógicos o argumentativos o de qué forma la sentencia quedaría descalificada como acto judicial" (fs. 11).

3. En su presentación, la quejosa básicamente vuelve sobre los agravios de su recurso de inconstitucionalidad y reitera las manifestaciones que ha venido exponiendo desde el inicio del proceso. Afirma:

i) que (fs. 59) "(...) la Multa impuesta a CICSA lo fue a partir de la imputación de la conducta erróneamente calificada como una infracción a lo dispuesto por la R789 y, en consecuencia, la ley 22.802 que aquélla (*sic*) reglamenta, cuando en realidad es evidente que la infracción imputada lo es en virtud de una supuesta infracción a lo dispuesto por el art. 6º de la ley 24.788, que es la que impone la obligación de incluir la Leyenda en las publicidades de bebidas alcohólicas";

ii) que (fs. 59 vta.) "(...) la imposición de la Multa y su confirmación por la Cámara incumple con lo dispuesto en la ley 24.788 que incluye un régimen sancionatorio específico, que determina no sólo las sanciones aplicables sino también el destino que corresponde otorgar a las sumas pagadas en concepto de multa y el órgano competente para aplicarlas, el cual no es otro que la justicia en lo Correccional";

iii) que se afectó su derecho de defensa y el principio de legalidad, al juzgarse a la empresa por normas diversas a las aplicables;

iv) que (fs. 59 vta.) "(...) tanto la Dirección como la Cámara, al aplicar y confirmar la Multa respectivamente, en abierta violación al principio de legalidad, utilizaron a la R 789 como una ley penal en blanco, toda vez que entendieron que esta norma efectúa una remisión a infracciones previstas por otras, como la 24.788 y que, de configurarse alguno de esos casos, implicaría también una violación a lo dispuesto por el art. 9º de la ley 22.802";

v) que la interpretación adoptada por la Cámara "(...) permitió que un órgano claramente incompetente (la Dirección [General de Defensa y Protección del Consumidor del GCBA]) aplicara contra CICSA una sanción por una supuesta infracción a lo dispuesto por la ley 24.788 cuando esta misma

norma dispone expresamente que el órgano competente para tal fin es la justicia Correccional" (destacado en el original, fs. 60);

vi) que (fs.60) "(...) resulta aberrante desde el punto de vista constitucional que una resolución de un órgano administrativo (la R 789) que reglamenta una ley nacional (la 22.802) permita dejar abierta la posibilidad de que la posible configuración de una infracción a cualquier otra norma (como la 24.788) permita tener por infringida la norma que reglamenta (en el caso, la 22.802)" y que (fs. 60) "[avalar] esta hipótesis, implicaría admitir la posibilidad de que un justiciable sea juzgado más de una vez por la misma infracción y por organismos diversos, lo cual contraría abiertamente el principio penal conocido como *non bis in idem*";

vii) que (fs. 60 vta.) "(...) la imposición de la Multa resultó absolutamente arbitraria por no haberse considerado que la finalidad de la [ley] 24.788 no fue violentada, a la vez que no se merituó la ausencia de antecedentes de CICSA al momento de cuantificar el monto de la Multa, el que, en orden a la insignificante gravedad de la infracción imputada, resulta absolutamente exorbitante"; y

viii) que la publicación de la multa es improcedente dado que se trata de una sanción no prevista en la ley 24.788.

4. 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. TSJBA *in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001).

La empresa no consigue rebatir un auto denegatorio preciso, fundado, y acompañado de referencias concretas al caso en análisis.

Cada una de las impugnaciones de la accionante a la disposición 4778/06 mereció pormenorizada respuesta en el fallo de la Sala II, que no se presenta como irrazonable ni arbitrario. Y, por su parte, CICSA no aporta ninguna razón —más allá de su comprensible discrepancia con una sentencia que rechaza su pretensión— que logre poner en crisis los argumentos de la denegatoria de fs. 9/11 vta., centrados en que el debate estuvo referido a cuestiones de hecho y prueba y a la aplicación de normas infraconstitucionales.

En síntesis, las deficiencias de la crítica al auto denegatorio sellan la suerte adversa del recurso directo intentado.

5. Por lo expuesto, corresponde rechazar la queja de fs. 55/62.

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

1. El recurso de queja fue interpuesto en legal tiempo y forma, sin embargo no puede prosperar, ya que no configura una crítica concreta y razonada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad.

El recurrente se limitó a reiterar los agravios que vino sosteniendo desde instancias anteriores, y solo atacó el auto que rechazó su impugnación constitucional muy escuetamente a fs. 57 vta., segundo párrafo. De ello, se advierte que el actor no se esforzó por rebatir las razones en las cuales se basó la Cámara para denegar el recurso de inconstitucionalidad (la ausencia de cuestión constitucional y de arbitrariedad en la sentencia impugnada), como bien lo señala la señora jueza de trámite, Dra. Alicia Ruiz, en el considerando 4 de su voto.

2. Tal como lo ha sostenido la Cámara al denegar la impugnación constitucional, "el recurso abunda en discrepancias respecto de la manera en que el tribunal valoró la prueba y la realidad judicial verificada, y no hace sino mencionar principios, derechos y garantías constitucionales, sin explicar el papel que éstos cumplen en el fallo atacado" (fs. 10 vta.).

En definitiva, la actora no logró exponer en forma adecuada, expresa y fundadamente, un genuino caso constitucional, resultando insuficientes las referencias genéricas de las normas de las constituciones nacional y local que invoca (conf. TSJBA, "Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja", expte. nº 131/99, sentencia del 23/2/2000: "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").

3. Tampoco existe arbitrariedad en el pronunciamiento atacado que resolvió la cuestión de fondo. El actor cuestionó la sentencia por considerarla violatoria del derecho de defensa, y el principio de legalidad, por los siguientes motivos:

a) La incompetencia de la Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor para aplicarle la multa: en este punto, la Cámara destacó, dentro de los derechos de los consumidores y usuarios, la protección de la salud y el patrimonio, así como el derecho a una información transparente, adecuada, veraz y oportuna (conf. arts. 42 C.N. y 46 CCBA, y las leyes que conforman el denominado Estatuto del Consumidor: la ley nacional 24.240, la Ley de Lealtad Comercial 22.802, la Ley de Defensa de la Competencia, etc., que son complementadas por otras normas específicas tales como la Ley Nacional de Medicamentos, el Código Alimentario Argentino).

Asimismo, tuvo en cuenta el *a quo* el ejercicio de facultades concurrentes entre la Nación por un lado, y las provincias y la Ciudad de Buenos Aires por otro, tal como lo establece el referido plexo normativo para la protección de estos derechos. Entre las potestades correspondientes al poder de policía local se encuentra la competencia para imponer sanciones a los infractores de las obligaciones establecidas en dichas normas.

En el orden local, la competencia de la Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor de la CABA para aplicar la multa surge de lo establecido en la ley local 757 y su decreto reglamentario (17/03: que la define como órgano de

contralor y aplicación de las leyes 24.240 y 22.802), toda vez que el caso que nos ocupa versa sobre una infracción al art. 9º de la ley 22.802, que prohíbe "la realización de cualquier clase de presentación, de publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios".

Por ello, más allá del desacuerdo con el fallo por parte del recurrente (que solo se limitó a reiterar que la materia en cuestión es competencia de la justicia correccional, pero no atacó los argumentos ni las normas que otorgan competencia a la autoridad de la Ciudad), no se advierte arbitrariedad en el fallo atacado en este punto.

b) La sentencia de la Cámara no tuvo en cuenta que la empresa difundió la leyenda por medios alternativos, cumpliendo así con la finalidad de la norma: tampoco tiene acogida este agravio, toda vez que no logró refutar los argumentos expuestos por la Cámara en el considerando 5º del voto de la mayoría, los cuales, más allá de su acierto o error, no pueden calificarse de arbitrarios.

c) La desproporcionalidad entre el obrar de la empresa y el *quantum* dispuesto mediante la sanción: dicha cuestión, como ya se dijo, trata sobre la apreciación y valoración de la prueba y la aplicación de normas infraconstitucionales, motivo por el cual corresponde a los jueces de la causa. Toda vez que no se advierte un apartamiento inequívoco de la normativa aplicable por parte de la Cámara en este punto, no puede calificarse la sentencia de arbitraria.

En virtud de lo expuesto, no se advierte en la sentencia recurrida una absoluta carencia de fundamentación. Por eso, si bien puede ser objeto de crítica jurídica no cabe calificarla de arbitraria como carente de lógica, autocontradictoria o de insuficiente motivación.

4. En mérito a lo anteriormente expuesto, votamos por rechazar la queja de fs. 55/61, y tener por perdido el depósito de fs. 54.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Coincido con la jueza de trámite, Dra. Alicia E. C. Ruiz, en que la queja debe ser rechazada. La sociedad recurrente no ha mostrado la existencia de una cuestión constitucional o una federal.

2. Toda la argumentación de la empresa recurrente consiste en sostener que el hecho que dio lugar a la sanción que se viene impugnando, la ausencia de la leyenda: "Beber con moderación. Prohibido su venta a menores de 18 años" en las publicidades del producto "Budweiser" situadas en el perímetro del campo de juego del Club Atlético River Plate y en las casacas de los equipos de fútbol de esa institución, el día 15 de agosto de 2004, debió haber sido juzgado de acuerdo a las previsiones de la ley 24.788 y no en base a las normas de lealtad comercial (conf. la ley 22.802), y las dictadas en su consecuencia. En este orden de ideas, manifiesta

que "…la información cuya falta de inclusión se imputa nada tiene que ver con la protección de la lealtad comercial, se vincula con un fin completamente distinto, perseguido por al ley 24.788, cual es la lucha contra el alcoholismo" (fs. 50); norma esta última que, recuerda, contiene reglas procesales específicas para el ámbito de la CABA (conf. su art. 19) y un destino específico para los importes que se cobren en base a sus previsiones en concepto de multa.

Ahora bien, el *a quo* sostuvo, con relación a ese planteo, que la omisión de incorporar en una publicidad de una bebida alcohólica la leyenda reseñada *supra* no sólo constituye una violación a la ley 24.788, sino también importa "…una inexactitud u ocultamiento que puede inducir a error, engaño o confusión sobre las características o propiedades del producto promocionado". A lo que agregó que "…la publicidad que carece de estas advertencias es contraria a la resol. 789/SCIyM/98, en tanto no contiene 'la información exigida por las normas legales vigentes por las normas vigentes' (art. 1º) —en este caso, la ley 24.788—, ni respeta las demás condiciones y modalidades pautadas en los arts. 1º y 2º. En definitiva, un anuncio que no reúne los requisitos señalados no constituye información 'adecuada y veraz' y no emplea recursos conducentes para preservar la salud y la seguridad de los potenciales consumidores, por lo que lesiona los arts. 42 de la C.N., 46 de la CCBA y 4º de la ley 24.240".

En ese contexto, la Cámara no descartó que la conducta aquí imputada pueda ser objeto de una sanción conforme las previsiones de la ley 24.788, sino que señaló que ella también podía serlo de acuerdo a las normas indicadas en el párrafo que antecede; razonamiento del que la recurrente no se ha hecho cargo. El único planteo que desarrolla en torno a esa cuestión consiste en sostener que la interpretación del *a quo* "…podría llegar a provocar el absurd[o] de que por una misma infracción se impongan dos sanciones…" (fs. 51). La falta de actualidad que guarda ese perjuicio junto con el poco desarrollo con que fue formulado basta para mostrar su improcedencia. Finalmente, cabe señalar que tampoco, en base a ese argumento, se ha tachado de inconstitucional las normas que aplicó la Cámara para resolver en la forma que lo hizo.

3. El resto de los agravios que formula la recurrente, esto es, aquellos dirigidos a mostrar: *i)* las falta de lesividad de la conducta que imputada; *i)* la falta de razonabilidad de la sanción impuesta; y *iii)* la improcedencia del deber de tener que publicar la sanción aquí impuesta en el diario de mayor circulación de la jurisdicción de la CABA, encuentran apoyo, exclusivamente, en las previsiones de la ley 24.788. Esa circunstancia, muestra la falta de relación directa entre lo resuelto en la causa y los esos planteos de la recurrente.

Por lo expuesto, y lo concordantemente dictaminado por el fiscal general, voto por rechazar la presente queja y dar por perdido el depósito cuyo comprobante obra a fs. 54.

Por ello, de acuerdo a lo dictaminado por el señor fiscal general,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja interpuesta por Compañía Industrial Cervecera S.A.

2º. *Dar* por perdido el depósito de fs. 54.

3º. *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 - José O. Casás.*

LXXVIII

"PRIMERA RED INTERACTIVA DE MEDIOS ARGENTINOS S.A. (PRIMA) S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'GCBA C/PRIMERA RED INTERACTIVA DE MEDIOS ARGENTINOS S.A. S/EJ. FISC. ING. BRUTOS —CONVENIO MULTILATERAL'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Presentación extemporánea.

SUMARIOS:

1. El recurso de queja de la ejecutada no puede ser admitido pues no fue deducido ante el Tribunal en tiempo oportuno, sin perjuicio de que la presentación pudiera ser efectuada dentro de las dos primeras horas hábiles judiciales (hasta las 11:00 horas) (conf. art. 108, último párrafo, del CCAyT). *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, 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. El art. 33, primer párrafo, de la ley 402 (Ley de Procedimientos ante el Tribunal) establece que si el tribunal superior de la causa deniega el recurso, puede recurrirse en queja ante el Tribunal Superior de Justicia, dentro de los cinco (5) días de su notificación por cédula, y se trata de un plazo fatal y perentorio *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. Corresponde rechazar el recurso de queja si el mismo ha sido presentado dentro del término legal pero no ante este Tribunal, por lo que no se ha dado cumplimiento al requisito establecido en el art. 33 de ley 402. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. SACAyT nº 6750/09 - 21/4/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, "GCBA") promovió ejecución fiscal contra "Primera Red Interactiva de Medios Argentinos S.A." (desde aquí, "PRIMA") por cobro de pesos ochenta y siete mil cuatrocientos treinta y nueve con 30 centavos ($ 87.439, 30), con más intereses y costas hasta la fecha del efectivo pago, en concepto de "multa cargo nº 0383/04 sobre Ingresos Brutos-Convenio Multilateral nº 901-191400-1" (fs. 66 y vta.).

2. PRIMA opuso excepciones de inhabilidad de título y litispendencia, y solicitó la suspensión del proceso en base a esta última (fs.92/103).

3. El juez de primera instancia rechazó las excepciones y el pedido de suspensión planteados por la demandada (con costas) y, en consecuencia, mandó llevar adelante la ejecución hasta hacer íntegro pago a la actora de la suma de pesos ochenta y siete mil cuatrocientos treinta y nueve con 30 centavos ($ 87.439, 30), con más intereses, costas y tasa de justicia (fs. 14/17 vta.).

4. Apelada la decisión de grado por la ejecutada (fs. 18/30 vta.), la Sala II de la Cámara CAyT resolvió declarar desierto el recurso de apelación, con costas a la accionada (fs. 32 y vta.).

5. Contra la sentencia de fs. 32 y vta. PRIMA interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 33/44) que le fue denegado (fs. 46/47).

6. Contra la resolución de fs. 46/47, la empresa dedujo recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado ante la Secretaría General de la Cámara (fs. 48/53 vta.).

7. La Sala II se declaró incompetente para conocer en el recurso de fs. 48/53 vta. y ordenó que las actuaciones se elevaran al Tribunal. Para así decidir, los camaristas destacaron que en los términos del art. 33 de la ley 402, la queja debió presentarse directamente ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad.

8. El fiscal general adjunto propició en su dictamen (fs. 146/147) que se declare inadmisible la queja por resultar inválida su presentación ante la Secretaría General de la Cámara vistos los términos del art. 33 de la ley 402.

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La queja de la ejecutada no puede ser admitida pues no fue deducida ante el Tribunal en tiempo oportuno.

El art. 33, primer párrafo, de la ley 402 (Ley de Procedimientos ante el Tribunal) establece que "[s]i el tribunal superior de la causa deniega el recurso, puede recurrirse en queja *ante el Tribunal Superior de Justicia*, dentro de los cinco (5) días de su notificación por cédula" (el destacado me pertenece).

La demandada fue notificada de la denegatoria de su recurso de inconstitucionalidad el 8/4/2009 (fs. 45) y el expediente con el recurso de queja fue recibido en el Tribunal el 9/9/2009 (véase fs. 60).

De conformidad con la norma citada más arriba, el término para interponer el recurso directo ante el Tribunal operaba el 17/4/2009, sin perjuicio de que la presentación pudiera ser efectuada dentro de las dos primeras horas hábiles judiciales (hasta las 11:00 horas) del 20/4/2009 (conf. art. 108, último párrafo, del CCAyT).

Como tiene dicho el Tribunal, se trata de un plazo fatal y perentorio [conf. "Bujman, Adela s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Bujman, Adela c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 2498/03, sentencia del 18/12/2003; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'D'Urso, Hernán María c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 3007/04, resolución del 12/8/2004; "S., M. B y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'M., J. L. y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/daños y perjuicios (excepto responsabilidad médica)'", expte. nº 3261/04, sentencia del 24/11/2004; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Píxel S.R.L. s/ejecución fiscal – ing. brutos convenio multilateral'", expte. nº 5352/07, sentencia del 12/9/2007; "Tudanca, Josefa Elisa Beatriz s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Tudanca, Josefa Elisa Beatriz c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/otros procesos incidentales'", expte. nº 5141/07, sentencia del 13/7/2007, y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Bilbao, Fabiana Mabel c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 5962/08, sentencia del 12/11/2008].

El hecho de que el escrito haya sido presentado dentro de las dos primeras horas hábiles judiciales del 20/4/2009 ante la Secretaría General de la Cámara no obsta a la inadmisiblidad de la queja, pues sólo es eficaz el cargo puesto por este Tribunal (conf. art. 108, CCAyT).

Tal como lo explicara el juez José O. Casás en su voto —al que en lo que aquí importa adherí— en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Transporte Serrano S.R.L. s/ej. fisc. ing. brutos Convenio Multilateral'", expte. nº 6424/09, resolución del 20/8/2009, el art. 33, primer párrafo de la ley 402 "(...) no permite dudar si [el recurso directo] debe ser interpuesto ante este Tribunal o ante otro estrado." Por ello, como se señaló en el precedente mencionado, la fecha y hora de recepción por el TSJBA del expediente con el escrito de la queja, consignada en el cargo autorizado por funcionario competente de la Secretaría General, es la que resulta determinante para considerar la tempestividad de la presentación.

En consecuencia, la queja de fs. 48/53 vta. deviene extemporánea y debe ser desestimada. El Tribunal no puede conocer en el recurso —tardío— deducido por

la accionada, pues si lo hiciera se estaría lesionando el principio de preclusión y la cosa juzgada.

Por fin, la solución que aquí propongo es idéntica a la que propiciara al votar en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Arias, Carolina Raquel c/GCBA s/otros procesos incidentales'", expte. nº 6082/08, decisión del 17/12/2008, y en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Bilbao, Fabiana Mabel c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 5962/08, sentencia del 12/11/2008, entre otros.

2. En virtud de lo expuesto, corresponde declarar inadmisible la queja intentada.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto de mi colega, la jueza Alicia E. C. Ruiz.

El juez José O. Casás dijo:

1. Comparto la solución a la que arriba en su voto la señora jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz, consistente en rechazar el recurso de queja interpuesto por "Primera Red Interactiva de Medios Argentinos S.A." ("PRIMA") a fs. 39/46, en atención a que el mismo ha sido presentado dentro del término legal pero no ante este Tribunal, por lo que no se ha dado cumplimiento al requisito establecido en el art. 33 de ley 402.

2. Cabe poner de resalto que la situación que se presenta en estas actuaciones no permite asimilarla a la acontecida *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Bilbao, Fabiana Mabel c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. n° 5962/08, sentencia del 12/11/2008, ni puede conducir a la opinión sentada por el suscripto en dicha causa.

3. Por las consideraciones expuestas, y concordantemente con lo manifestado por el señor fiscal general adjunto en su dictamen (fs. 146/147 vta.), corresponde rechazar la queja interpuesta por la recurrente.

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Coincido con lo dicho por la señora jueza de trámite, Dra. Alicia E. C. Ruiz, en cuanto a que la queja de fs. 48/53 debe ser rechazada por no haber sido interpuesta en tiempo oportuno.

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 Primera Red Interactiva de Medios Argentinos S.A.

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 - José O. Casás.*

LXXIX

"INCIDENTE DE PRISIÓN PREVENTIVA EN AUTOS: 'MERLO, FAVIO JUVENAL S/INF. ART. 189 BIS —C.P.—' S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Incidente de prisión preventiva. Resolución equiparable a sentencia definitiva. Gravamen irreparable. Caso constitucional. DICTAMEN FISCAL: Desistimiento de la pretensión. Pronunciamiento expreso y fundado.

SUMARIOS:

1. Existe gravamen irreparable y, por tanto, corresponde equiparar el pronunciamiento recurrido a uno definitivo si el defensor oficial recurrente pretende explicar que su caso se trata de un supuesto en el cual los integrantes de la Cámara, al confirmar la resolución que dispuso anticipadamente la restricción de la libertad del encartado, habrían sobrepasado ostensiblemente el margen de discrecionalidad que detentan para conducir el proceso y, a su criterio, lo habrían impulsado ilegítimamente (*ne procedat iudex ex officio*). *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. La concesión parcial del recurso de inconstitucionalidad dejó fuera de la discusión la consideración de los presupuestos básicos y necesarios que permitieron el dictado de la prisión preventiva y la inmediata detención del encartado, presupuestos que la Cámara tuvo por satisfechos, con sustento en el supuesto "peligro de fuga", y sólo permanece en pie por decisión del propio interesado un cuestionamiento acerca de la supuesta actuación oficiosa e ilegítima de la Sala II, básicamente porque, a criterio del recurrente, los magistrados habrían omitido valorar el dictamen del señor fiscal de Cámara que, también a su criterio, resultaba equiparable al desistimiento de la pretensión de un encierro cautelar. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. El fiscal de Cámara no intervino en la causa, durante el trámite de la apelación del encartado, para sostener una pretensión punitiva o desistir de ella, sino que dictaminó en función del control de legalidad que le compete a su Ministerio, pero su en cuanto a la idoneidad de la medida solicitada por su inferior o en cuanto a la posibilidad de sustituirla por una medida alternativa menos restrictiva, aunque puede resultar relevante o interesante, no es vinculante para el tribunal *a quo*, de modo que la respuesta del fiscal a los agravios presentados por el imputado en las instancias recursivas, aun cuando fuere coincidente, no puede ser equiparada sin más a una ausencia de acusación o a un "desistimiento" o retiro de ella. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. Cualquiera que fuese la interpretación que se realice sobre la facultad que detentan los Fiscales de Cámara para "desistir" de la "intervención" que haya tenido el MPF, en las instancias anteriores (art. 33.1, LOMP), o del fiscal general para hacerlo con respecto a los "recursos" deducidos por sus inferiores jerárquicos (art. 29.3, LOMP), es decir, sea cual fuere el sentido o extensión de dicha facultad, lo cierto es que para ambos supuestos la ley requiere que esta prerrogativa sea ejercida de manera expresa y "fundada", mediante dictamen o resolución —según quien lo emita—. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. Si bien las decisiones que restringen la libertad del imputado son pasibles de generar un perjuicio de imposible reparación ulterior, la intervención anticipada de este Tribunal queda limitada a los supuestos en los que se encuentre involucrada una cuestión constitucional. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

6. El recurso de inconstitucionalidad fue mal concedido por la Cámara ya que carece de fundamentación suficiente para acreditar la existencia de un caso constitucional que habilite la intervención de este Tribunal, pues la defensa no logra mostrar de manera adecuada que lo decidido en las instancias anteriores vulnere los principios constitucionales citados. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

7. Asiste razón al recurrente en cuanto sostiene que los señores jueces omitieron valorar un elemento fundamental como era el dictamen del fiscal de Cámara que sostenía que tanto el arraigo del imputado como su comportamiento a lo largo del proceso no fueron adecuadamente evaluados y que ello lo llevaba a proponer el reemplazo de la prisión preventiva por uno encausado, como el arresto domiciliario. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

8. El *a quo* descartó sin tratamiento la petición de que se adoptase una medida restrictiva de la libertad menos gravosa que la prisión preventiva y de que el fiscal de Cámara brindó argumentos que también sustentaban esa petición, de modo que, sin perjuicio de que, una vez planteada la pretensión del Ministerio Público Fiscal, los jueces puedan apartarse de lo recomendado por éste, las particularidades de autos, así como la delicada naturaleza del derecho en juego (libertad ambulatoria) imponen la necesidad de explicitar fundamentos capaces de dar sustento a una solución distinta a la que concilia, al menos parcialmente, la voluntad de ambas partes. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. SAPCyF nº 6891/09 - 22/4/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El defensor oficial del Sr. Favio Juvenal Merlo interpuso un recurso de inconstitucionalidad (fs. 127/141) contra el pronunciamiento de la Sala II de la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas (fs. 112/114), que confirmó el punto dispositivo IX de la sentencia de primera instancia (fs. 71/72), en cuanto dispuso la prisión preventiva y la inmediata detención

del encartado. Este aspecto de la sentencia de condena fue recurrido por el defensor —por vía incidental— luego de conocer aquella determinación y antes de que se diera lectura integral a los fundamentos de la condena, porque los argumentos del encierro preventivo fueron expuestos una vez clausurado el debate.

2. La Cámara declaró parcialmente admisible el recurso en relación al agravio fundado en la posible violación del principio acusatorio y del debido proceso legal (fs. 150/152). A criterio de los jueces de la Sala II, además de encontrarse satisfechos los requisitos formales propios de la vía intentada, la defensa planteó un caso constitucional al denunciar que el fiscal de Cámara —al dictaminar sobre el recurso de apelación presentado por esa parte— no renovó ni sostuvo la pretensión de prisión preventiva expresada por la fiscal de instancia anterior, por lo cual debió equipararse "su opinión en contrario a un desistimiento de la pretensión cautelar incoada por el inferior" (fs. 150).

3. El señor fiscal general, al contestar la vista conferida por el Tribunal (fs. 158/161), consideró que correspondía declarar mal concedido el recurso interpuesto por la defensa. En resumen, además de señalar las deficiencias de argumentación del recurso y de cuestionar la actuación "incongruente" de su inferior jerárquico, descartó que en esta causa estuvieran comprometidos los principios invocados por el recurrente.

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad fue interpuesto en tiempo y forma (arts. 27 y 28, LPTSJ), pero, tal como lo expresa el señor fiscal general, ha sido mal concedido por los distinguidos colegas del tribunal *a quo*.

En términos generales, el recurrente pretende explicar que su caso se trata de un supuesto en el cual los integrantes de la Cámara, al confirmar la resolución que dispuso anticipadamente la restricción de la libertad del señor Merlo, habrían sobrepasado ostensiblemente el margen de discrecionalidad que detentan para conducir el proceso y, a su criterio, lo habrían impulsado ilegítimamente (*ne procedat iudex ex officio*). Estas circunstancias permiten, sin más y de conformidad con la jurisprudencia de este Tribunal, equiparar el pronunciamiento recurrido a uno definitivo (en ese sentido, véase el punto 1 del voto del Dr. Luis F. Lozano —al que adherí— en autos "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo [Penal,] Contravencional y de Faltas Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad de denegado en: 'López, Marcos Damián s/inf. art. 189 bis C.P.'", expte. nº 4962/06, sentencia del 20/12/2006). El gravamen irreparable en el caso concreto, estaría dado, entonces, en la imposición y mantenimiento de una medida restrictiva de la libertad del imputado que, en palabras de su defensor, debería permanecer en libertad a la espera de que su condena quede firme, porque considera que esa habría sido la voluntad del Ministerio Público Fiscal.

Ahora bien, la concesión parcial del recurso de inconstitucionalidad ha dejado fuera de la discusión, al no haberse admitido el agravio vinculado con la arbitrariedad de la decisión, la consideración de los presupuestos básicos y necesarios —íntimamente emparentados con cuestiones de hecho, prueba e interpretación de normas infraconstitucionales— que permitieron el dictado de la prisión preventiva y la inmediata detención de Merlo, presupuestos que la Sala II tuvo por satisfechos, con sustento en el supuesto "peligro de fuga", fundado esencialmente en la magnitud de la sanción que se le impuso en la sentencia condenatoria que fue resuelta en autos y que aún no se encuentra firme y en el hecho de que su cumplimiento no fue dejado en suspenso (arts. 170.2, CPP local). Sólo permanece en pie por decisión del propio interesado —que no recurrió en queja ante el Tribunal— un cuestionamiento acerca de la supuesta actuación oficiosa e ilegítima de la Sala II, básicamente porque, a criterio del recurrente, los magistrados habrían omitido valorar el dictamen del señor fiscal de Cámara, dictamen que, también a criterio del recurrente, resultaba "equiparable al desistimiento de la pretensión de un encierro cautelar" (fs. 138).

A todo evento, es preciso señalar que es una facultad privativa de los jueces de mérito establecer el sentido y alcance de las pretensiones acerca de cuya procedencia les incumbe expedirse (*Fallos,* 303:774; 304:635; entre muchos otros y este Tribunal Superior en autos "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Moñita, Pedro Pablo Gonzalo y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 6197/08, sentencia del 20/5/2009). Más allá del firme convencimiento de la defensa, en el caso no se advierte que los magistrados intervinientes hayan sobrepasado de alguna forma —en el ejercicio de su función revisora de una decisión impugnada por la propia defensa— el marco que la CCBA y la ley procesal les acuerdan. En pocas palabras, la controversia propuesta parece agotarse en una mera encuesta circunscripta a lo que una de las partes —la defensa— entiende o interpreta sobre aquello que su contraparte —el fiscal de Cámara— quiso explicar, con cierto grado de confusión o ininteligibilidad, al emitir un dictamen que tenía como único objetivo contestar o adherir (arts. 271 y 282, CPP local) a los agravios planteados en una apelación deducida por la defensa. En rigor, no alcanzo a encontrar en ello debate constitucional alguno, sino, a lo sumo, una distinta valoración de un escrito, valoración que no fue compartida por la Cámara ni acompañada por el sujeto emisor de ese dictamen, en su actuación posterior (fs. 145/146). De cara a ello, tal como lo indica el fiscal general, el recurso que debe analizarse en esta oportunidad no brinda una base constitucional suficiente ni una argumentación sólida que justifique su tratamiento, porque se sustenta en una invocación genérica de cláusulas constitucionales y citas jurisprudenciales que no se relacionan con lo sucedido en autos y que no permiten vislumbrar desacierto alguno.

La controversia presentada en este incidente me recuerda, en parte, a otro precedente de este Tribunal ("Ministerio Público —Defensor Oficial en lo [Penal,] Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en autos 'Oniszczuk, Carlos Alberto s/ley 255 —apelación—", expte.

nº 2620, sentencia del 1º/9/2004), en el cual el defensor general también había denunciado la violación del principio acusatorio, garantizado por la CCBA, porque este Tribunal no compartió un pedido de absolución formulado por el fiscal general, al dictaminar sobre el mérito de una impugnación deducida por su contraparte. En autos, tal como sucediera en aquella oportunidad, se está lejos de la promoción de la acción por parte de la jurisdicción, toda vez que la prisión preventiva fue dispuesta con sujeción al mencionado principio, en tanto, como no podía ser de otro modo, fue solicitada expresa y fundadamente —más allá del acierto o error de aquellos fundamentos— por la fiscal de primera instancia al momento de alegar en la audiencia de debate (art. 172, CPP local).

El fiscal de Cámara no intervino en la causa, durante el trámite de la apelación del encartado, para sostener una pretensión punitiva o desistir de ella, sino que dictaminó en función del control de legalidad que le compete a su Ministerio. La opinión del fiscal de Cámara en cuanto a la idoneidad de la medida solicitada por su inferior o en cuanto a la posibilidad de sustituirla por una medida alternativa menos restrictiva, aunque puede resultar relevante o interesante, no es vinculante para el tribunal *a quo*. La respuesta del fiscal a los agravios presentados por el imputado en las instancias recursivas, aun cuando fuere coincidente, no puede ser equiparada sin más a una ausencia de acusación o a un "desistimiento" o retiro de ella, como parece afirmarlo el recurrente. Los actos procesales y, en general, las decisiones judiciales que han sido dictadas debidamente, en cumplimiento de las formas sustanciales del debido proceso legal, no son válidas o inválidas, fundadas o infundadas, correctas o incorrectas porque así las comprenda o tache el sujeto habilitado para opinar a su respecto, sino que tal determinación o calificación depende de un pronunciamiento jurisdiccional, que, en el caso, le ha sido adverso a la defensa. En suma, lo dictaminado por el fiscal de Cámara operó aquí como una simple opinión que no logró ilustrar al tribunal *a quo* de manera alguna y no hay en ello una afectación constitucional.

En otro orden de ideas, cualquiera que fuese la interpretación que se realice sobre la facultad que detentan los fiscales de Cámara para "desistir" de la "intervención" que haya tenido el MPF, en las instancias anteriores (art. 33.1, LOMP), o del fiscal general para hacerlo con respecto a los "recursos" deducidos por sus inferiores jerárquicos (art. 29.3, LOMP), es decir, sea cual fuere el sentido o extensión de dicha facultad ("Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5427/07 y su acumulado nº 5381/07 "Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso denegado en: 'Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales en Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)'", sentencia del 12/3/2008), lo cierto es que para ambos supuestos la ley requiere que esta prerrogativa sea ejercida de manera expresa y "fundada", mediante dictamen o resolución —según quien lo emita—, característica que en modo alguno puede predicarse con relación al dictamen que dio andamiaje a toda esta discusión innecesaria (fs. 101/103).

Por lo demás, la mencionada facultad de los fiscales de Cámara, aun cuando en abstracto pudiera compartirse en alguna medida el razonamiento que el recurrente propone ante esta instancia, no puede ser leída de manera aislada al marco procesal específico en el cual tales funcionarios ejercen su Ministerio, en el ámbito de su competencia y en los casos concretos. En este sentido, y para disipar toda duda, cobra relevancia la regulación que la figura del "desistimiento" ha tenido en nuestra Ciudad (arts. 274 y 282, CPP local) y corresponde prestar especial atención a la actuación que los Fiscales que se desempeñan ante la alzada pueden tener en el trámite de una apelación; en particular: "[e]l Ministerio Público Fiscal podrá d*esistir fundadamente* de *sus recursos*" y "el/la fiscal de Cámara deberá manifestar *fundadamente si mantiene o no* el recurso deducido por el/la fiscal [de primera instancia] *o si adhiere* al interpuesto en favor del/la imputado/a" (el destacado es agregado).

2. Por el conjunto de razones que expuse, corresponde *declarar mal concedido* el recurso de inconstitucionalidad interpuesto.

El juez José O. Casás dijo:

Tal como lo expone la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, el recurso de inconstitucionalidad interpuesto a fs. 127/141 ha sido mal concedido.

En efecto, si bien las decisiones que restringen la libertad del imputado —como la que, en el caso, ha ordenado la prisión preventiva del señor Merlo— son pasibles de generar un perjuicio de imposible reparación ulterior, la intervención anticipada de este Tribunal queda limitada a los supuestos en los que se encuentre involucrada una cuestión constitucional (conf. este Tribunal *in re* "Incidente de excarcelación en autos 'Lemes, Mauro Ismael s/infracción art. 189 bis C.P.' s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado, "Ministerio Pùblico —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Incidente de excarcelación en autos Lemes, Mauro Ismael s/infr. art. 189 bis, C.P.'", exptes. nº 5158/07 y nº 5157/07, resolución del 28/6/2007).

La invocación de principios que efectúa el defensor —relativos al sistema acusatorio y el debido proceso legal— sin vincularlos de manera suficiente con la cuestión debatida en el caso, sólo da cuenta de la discrepancia del recurrente con la interpretación que realizaron los jueces de mérito respecto del contenido del dictamen nº 207-FC/09, agregado a fs. 101/103, en el que el fiscal ante la Cámara de Apelaciones, según lo entendió la alzada, solicitó en definitiva el rechazo del recurso interpuesto por la defensa del señor Merlo y la confirmación de la sentencia. En ese sentido, tal como lo señala la doctora Conde, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado en su constante jurisprudencia que lo atinente a la determinación de las cuestiones comprendidas en la litis y del alcance de las peticiones de las partes incumbe privativamente a los jueces de la causa (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). La jurisprudencia citada resulta aplicable al caso pues, como se expuso, se pretende la intervención de este Tribunal en el análisis de una cuestión de hecho y derecho local infraconstitucional, sin que se hayan realizado esfuerzos suficientes por demostrar la existencia en el caso de

un manifiesto apartamiento a las constancias de la causa o las normas aplicables al caso. Más aún cuando literalmente la intervención del Ministerio Público Fiscal en cuestión concluye afirmando: "esta Fiscalía de Cámara considera que corresponde proceder al rechazo del recurso en estudio, y confirmar la resolución en crisis, lo que así dictamino", temperamento luego reafirmado al momento de dictaminar en torno al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa.

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad presentado por la defensa del Sr. Favio Merlo, fue parcialmente concedido por la Sala II de la Cámara del fuero respecto de los agravios referidos al principio acusatorio y al principio de legalidad. Con relación a la alegada arbitrariedad, el recurso fue denegado sin que la Defensa planteara recurso de queja al respecto.

2. Entiendo que el recurso fue mal concedido por la Cámara ya que el escrito de fs. 127 carece de fundamentación suficiente para acreditar la existencia de un caso constitucional que habilite la intervención de este Tribunal. Dicho en otros términos, la Defensa no logra mostrar de manera adecuada que lo decidido en las instancias anteriores vulnere los principios constitucionales citados. Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Coincido con la jueza de trámite en que si bien la sentencia impugnada no es una definitiva en los términos del art. 27 de la ley 402, sí es una equiparable, en atención a lo dicho en mi voto *in re* "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad de denegado en: 'López, Marcos Damián s/inf. art. 189 bis C.P.'", expte. nº 4962/06, sentencia del 20 de diciembre de 2006, argumentos a los que me remito.

2. El recurso de inconstitucionalidad fue parcialmente concedido con relación al agravio titulado como "[v]iolación al principio acusatorio y del debido proceso legal" (fs. 136/138 vta.), agravio bajo el cual el recurrente introdujo sus cuestionamientos al tratamiento y valor que el *a quo* había dado al dictamen del fiscal de Cámara. En cambio, el recurso fue denegado por el resto de los agravios presentados. La ausencia de una queja contra el auto parcialmente denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, limita la actuación de este estrado a la porción concedida del recurso.

3. Asiste razón al recurrente en cuanto sostiene que "…los señores jueces omitieron valorar un elemento fundamental: el dictamen del fiscal de Cámara" (fs. 136) que, conforme se destaca en el recurso de inconstitucionalidad, sostenía que tanto el arraigo del imputado como su comportamiento a lo largo del proceso no fueron adecuadamente evaluados y que ello lo llevaba a proponer el reemplazo de la prisión preventiva por uno encausado, como el arresto domiciliario (fs. 101/103).

Si bien la interpretación de las pretensiones y presentaciones de las partes corresponde, ciertamente, a los jueces de mérito, la contenida en el dictamen de

fs. 101/103 del fiscal de Cámara contiene algunas particularidades que vale analizar. No parece dudoso que la prisión domiciliaria es una modalidad de cumplimiento de la prisión, sea esta preventiva o sanción. Por lo mismo, puede ser variada de una modalidad de cumplimiento a la otra sin que pueda decirse que una decisión a ese respecto cause estado, por lo que, sin perjuicio de lo que aquí se resuelva, nada impide que los jueces de mérito hagan lugar a una solicitud similar en el futuro. Ello no obstante, el impacto de una y otra de dichas modalidades es tan distinto que justifica los recaudos a que me referiré seguidamente.

Conforme consta a fs. 73/74, al interponer recurso de reposición *in voce* la defensa solicitó que se reviese la medida de prisión preventiva decretada y que "…en su defecto se disponga una medida alternativa para garantizar la comparencia a proceso del imputado…". El recurso de reposición fue rechazado en ese mismo acto, oportunidad en que la defensa también interpuso recurso de apelación. Corrida la vista al fiscal de Cámara, éste sostuvo que al disponer la prisión preventiva sólo se había evaluado el monto de la pena y no el resto de los elementos que también manda a considerar el art. 170 del CPP (a saber, arraigo y comportamiento durante el proceso). Agrega que las constancias de la causa dan cuenta del arraigo del imputado y de que su comportamiento ha sido siempre conforme a derecho; entre otras cuestiones destacó que el encausado ha cumplido satisfactoriamente una restricción de arresto domiciliario. Concluyó su dictamen considerando que correspondía rechazar el recurso interpuesto. Al contestar la vista conferida en los términos del art. 282 y ss. del CPP, la defensa solicitó, en lo que aquí importa, que "[o]rdenen la inmediata libertad de Favio Juvenal Merlo" y "[e]n caso de considerarlo necesario, se remitan las actuaciones al Juzgado de Primera Instancia, a efectos de celebrar una audiencia para establecer las medidas alternativas al encarcelamiento provisional, de acuerdo con las previsiones del art. 174 y ss. de la ley ritual" (fs. 101/103). En el punto "c)" de los vistos, la Cámara repasó lo dicho en el dictamen fiscal y resaltó la recomendación de que se imponga al imputado una medida menos gravosa. Sin embargo, no dio razones que hubieran podido llevar a descartar una medida menos gravosa y se limitó a sostener que la medida adoptada se encontraba suficientemente fundada.

Es decir que el *a quo* descartó sin tratamiento la petición de que se adoptase una medida restrictiva de la libertad menos gravosa que la prisión preventiva y de que el fiscal de Cámara brindó argumentos que también sustentaban esa petición. En esas condiciones, sin perjuicio de que, una vez planteada la pretensión del Ministerio Público Fiscal, los jueces puedan apartarse de lo recomendado por éste, las particularidades de autos, así como la delicada naturaleza del derecho en juego (libertad ambulatoria) imponen la necesidad de explicitar fundamentos capaces de dar sustento a una solución distinta a la que concilia, al menos parcialmente, la voluntad de ambas partes. Esas razones me llevan a propiciar que sea revocada la sentencia impugnada.

Por los fundamentos expuestos, habiendo dictaminado el señor fiscal general adjunto, voto por revocar la sentencia impugnada y devolver el expediente para que, por quien corresponda, se emita un nuevo pronunciamiento con arreglo las pautas aquí establecidas.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* mal concedido el recurso de inconstitucionalidad agregado a fs. 127/141.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las presentes actuaciones a la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

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

LXXX

"DOMÍNGUEZ, LUIS EMILIO S/INFR. ART. 184, INC. 5º, DAÑOS (AGRAVADOS POR EL OBJETO) —C.P.— (P/LEY 2303) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO" Y SUS ACUMULADOS Nº 6772 "MINISTERIO PÚBLICO —FISCALÍA ANTE LA CÁMARA CON COMPETENCIA EN LO PENAL, CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 2— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'DOMÍNGUEZ, LUIS EMILIO S/INFR. ART. 184, INC. 5º, DAÑOS (AGRAVADO POR EL OBJETO) —C.P.— (P/LEY 2303)'" Y Nº 6779 "MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'DOMÍNGUEZ, LUIS EMILIO S/INFR. ART. 184, INC. 5º, DAÑOS (AGRAVADOS POR EL OBJETO) —C.P.— (P/LEY 2303)'"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: *Amicus curiae*.

SUMARIO:

1. Sin perjuicio de que la petición formulada por Asociación de Derechos Civiles para tomar intervención como amicus curiae no se ajusta a las previsiones de la ley 402, ya que ésta sólo admite ese tipo de intervención en las acciones declarativas de inconstitucionalidad (del art. 113, inc. 2º de la CCBA), pero no en los recursos de inconstitucionalidad, toda vez que todas las partes —defensa y Fiscalía— han consentido expresamente su intervención en ese carácter y que, ese tipo de participación no se encuentra contemplada en las leyes adjetivas, ello no contradice lo dispuesto por el legislador ni desnaturaliza el proceso o la función de este estrado, por lo que corresponde admitir tal intervención. *(Voto del señor juez*

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

Expte. SAPCyF nº 6764/09 - 22/4/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Asociación por los Derechos Civiles (ADC) solicitó al Tribunal intervenir en calidad de *amicus curiae* (fs. 281/293).

Corrido el traslado de la presentación, la defensa del acusado manifestó su "conformidad con los fundamentos vertidos en la solicitud efectuada" (fs. 363). Por su parte, la Fiscalía General dictaminó que "no tiene objeciones a que se admita la intervención de la 'Asociación por los Derechos Civiles' como *Amicus curiae* en la medida que la defensa del imputado no tenga reparos al respecto y la intervención de aquélla se limite a esta instancia recursiva en relación con la cuestión planteada —inconstitucionalidad del art. 204, inc. 2º de la ley 2303—"(fs. 365/367).

2. El juez de trámite puso los autos al acuerdo para resolver la cuestión.

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

Las condiciones en que las personas deben o pueden participar en un proceso o, como en el caso, en un recurso, se encuentran establecidas por la ley que regula la actuación del Tribunal y por las normas de procedimiento y organización judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Esas leyes dan derecho a las partes a que el debate y solución de la controversia que las separa tramite del modo en ellas previsto.

La petición formulada por ADC para tomar intervención como *amicus curiae* no se ajusta a las previsiones de la ley 402, ya que ésta sólo admite ese tipo de intervención en las acciones declarativas de inconstitucionalidad (del art. 113, inc. 2º de la CCBA), pero no en los recursos de inconstitucionalidad, como es el caso.

Sin perjuicio de ello, toda vez que todas las partes —defensa y Fiscalía— han consentido expresamente la intervención de la ADC en el carácter solicitado y que, si bien ese tipo de participación no se encuentra contemplada en las leyes adjetivas, ello no contradice lo dispuesto por el legislador ni desnaturaliza el proceso o la función de este estrado, corresponde admitir la intervención del solicitante en el carácter de *amicus curiae*.

Por lo expuesto, corresponde hacer lugar a la intervención en calidad de *amicus curiae* solicitada por la ADC.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Atento lo manifestado por el señor fiscal general a fs. 365 y por el señor defensor general a fs. 363 téngase por presentado el escrito de fs. 281.

La jueza Ana María Conde y el juez José O. Casás dijeron:

Atento la actual composición del Tribunal, reducida sólo a cuatro miembros, y a efectos de formar mayoría para resolver la cuestión sometida a consideración por el señor juez de trámite, Luis F. Lozano, vinculada con la pretensión de la ADC para intervenir en este proceso como *amicus curiae* —intervención que las partes han consentido expresamente a fs. 363 y 365/367—, votamos en esta oportunidad por admitir su participación y tener presente el escrito obrante a fs. 281/293, sin que esta decisión importe establecer un criterio general en la materia o apartarse del expuesto *in re* "Mbaye, Ibrahima y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Mbaye, Ibrahima s/inf. arts. de la ley 23.098. *Habeas corpus*'", expte. nº 6448/09, resolución del 1º/7/2009.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* a la intervención en calidad de *amicus curiae* solicitada por la Asociación por los Derechos Civiles y tener presente el escrito obrante a fs. 281/293.

2º. *Mandar* que se registre y se notifique.

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

LXXXI

"MANTELECTRIC ICISA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'MANTELECTRIC ICISA 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: Requisitos. Caso constitucional. Cuestiones DE HECHO Y PRUEBA. INTERPRETACIÓN DE NORMAS INFRACONSTITUCIONALES. SERVICIO PÚBLICO: Función administrativa. PODER DE POLICÍA. ENTE ÚNICO REGULADOR DE SERVICIOS PÚBLICOS DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES: Potestad sancionatoria. MULTA: Naturaleza administrativa. SUPEROPOSICIÓN DE SANCIONES: Principio de *non bis in idem*. Derecho de propiedad.

SUMARIOS:

1. Es requisito necesario del recurso de queja que ella contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. En el recurso de queja no se aporta ninguna razón que logre poner en crisis los fundamentos de la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad, centrados en que el debate estuvo referido a cuestiones de hecho y prueba y a la aplicación de normas infraconstitucionales. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. A partir de la entrada en vigencia de la ley 210 (norma posterior y superior a los pliegos de bases y condiciones que rigieron la contratación) resulta incuestionable la competencia del Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para controlar el servicio público prestado por la contratista (conf. art. 2º, inc. b) ley local 210), y para aplicar las correspondientes sanciones ante sus incumplimientos. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. La sanción de multa aplicada a la empresa actora por cada uno de los incumplimientos en los plazos máximos de reparación de deficiencias en las instalaciones de alumbrado público concesionadas, no reviste carácter retributivo, motivo por el cual el EURSP no obró en el ejercicio de sus facultades jurisdiccionales, sino ejerciendo su función administrativa de control del servicio público que presta la actora, mediante la aplicación de una multa pactada en el contrato, ante el incumplimiento de la empresa. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde)*.

5. Toda vez que la actora únicamente postula una exégesis diferente de aquellas normas de naturaleza infraconstitucional involucradas en el pleito, las cuestiones propuestas no resultan atendibles en tanto discurren por carriles ajenos a la competencia recursiva reconocida a este estrado. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

6. No puede ser atendido el agravio relativo a la pretendida superposición de competencias entre el Poder Ejecutivo y el EURSP, pues si bien la recurrente discrepa con la decisión de la Sala II en cuanto reconoció válidamente en cabeza del EURSP (órgano descentralizado del GCBA) competencia para ejercer el poder de policía en materia de servicios públicos de manera complementaria a la actividad desplegada por la administración central local y, en particular, para efectuar el control de la ejecución del contrato celebrado entre el GCBA y la empresa —y aplicar las sanciones allí previstas, un vez verificado un incumplimiento—, no ha logrado desvirtuar el razonamiento desarrollado por los jueces de la causa en punto a que esta particular modalidad de control no ha entrañado en el caso una duplicación de sanciones por el mismo hecho. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

7. Las aisladas referencias a garantías propias del ámbito del derecho penal que contiene el recurso no habilitan la instancia extraordinaria ante este estrado, en tanto no se ha demostrado de manera adecuada que ellas puedan ser trasladadas al caso, pues las facultades sancionatorias ejercidas por la Administración surgen del régimen de especial sujeción al cual queda sometida la empresa recurrente al contratar con el GCBA. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

8. La ley 210 incorpora, como faceta comprendida por el conjunto de atribuciones propias del "poder de policía" de los servicios públicos asignado al ente previsto en el art. 138 de la CCBA, las facultades de control incluidas en los contratos de concesión contemplados en el precepto constitucional aludido, de modo que abarca las potestades sancionatorias previstas para restablecer la normal ejecución del

contrato frente a incumplimientos del contratista; y a diferencia de las penas que ostentan carácter general, se trata de previsiones contractuales dirigidas a una de las partes que, al celebrar el pacto, ingresa voluntariamente al ámbito de un régimen especial que le reporta beneficios y obligaciones específicas. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

9. La regulación prevista en la ley 210 no prevé limitación alguna por la circunstancia de que exista una autoridad del contrato, distinta del EURSP, dotada del derecho a aplicar sanciones, sino que es natural que así sea, porque el EURSP no está diseñado para desplazar a la Administración con competencias más específicas sino para complementarla, y dentro de ese marco la ley abarca una materia disponible por el legislador. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

10. El bloque normativo que crea y organiza al EURSP abarca la policía de los servicios públicos y el poder sancionador previsto en contratos que se prestan en el ámbito de la CABA. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

11. Conferida al EURSP la potestad sancionatoria derivada del contrato, su ejercicio queda sujeto a las reglas propias de la función administrativa involucrada, por lo que no son aplicables los principios de la función jurisdiccional, ni los del derecho penal, porque el destinatario de la multa es un sujeto que ingresa voluntariamente a un régimen que, por la finalidad que persigue, contempla regulaciones más estrictas de los derechos del concesionario y, en ese marco, la sanción no reviste carácter retributivo ni, por tanto, está en juego función jurisdiccional alguna. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Ana María Conde).*

12. No es en la Constitución Nacional, ni en la CCBA, donde se definen los derechos que quedan tutelados por el art. 17 y 12 de esos cuerpos normativos, pues establecer cuándo una persona incorpora una situación a su patrimonio con las características del derecho de propiedad es tarea que compete al legislador, dentro de los límites constitucionales, y una vez cumplidos los recaudos del supuesto previsto por la normativa, el derecho otorgado gozará del resguardo que contempla la cláusula constitucional invocada. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

13. La multa contractual impuesta por el EURSP es parte de las prerrogativas estatales en el marco de una concesión de servicio público y expresan el ejercicio de una función administrativa orientada a lograr el normal desarrollo en la ejecución del contrato, de modo que cualquiera fuera el tenor de las objeciones que, por hipótesis, pudiera suscitar la aplicación superpuesta de sanciones contractuales por un mismo hecho, ellas no estarían amparadas por la garantía del non bis in idem, propia del ámbito de las sanciones retributivas y no de las administrativas. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

14. Al haberse otorgado al EURSP la potestad sancionatoria derivada del contrato, la mera constatación de su ejercicio no es suficiente para alegar problemas de superposición de controles, sino que sería menester probar una evaluación contradictoria de un hecho por parte de dos autoridades de aplicación o, cuanto menos, demostrar que existe vicio en la causa del acto que pretende el pago de una multa ya satisfecha (o no ejecutoriada), porque la segunda sanción resulta instada

por la actividad de un órgano diferente al que la aplicó en primer término. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. SACAyT nº 6589/09 - 27/4/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Mantelectric ICISA (en adelante, "Mantelectric") dedujo recurso directo de apelación ante la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad contra la resol. 09/EURSP/CABA/06 emitida por el Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, el "Ente") que le aplicó una multa por cada uno de los incumplimientos en los plazos máximos para la reparación de deficiencias, en las instalaciones de alumbrado público concesionadas a la actora en distintas columnas ubicadas en las calles Juan Domingo Perón, Bartolomé Mitre y Lavalle (fs. 42/56).

La accionante relató que resultó adjudicataria de la licitación nº 93/97 para el mantenimiento del alumbrado público y que había venido efectuando los trabajos correspondientes sin recibir sanción alguna por parte del GCBA. Solicitó que se declarase la nulidad del acto administrativo atacado por presentar vicios en la competencia, la causa, el objeto y el procedimiento. Y afirmó:

i) que el art. 11 de la ley 210 no asigna en forma expresa facultades sancionatorias al Directorio del Ente;

ii) que el procedimiento de solución de controversias y sanciones establecido en la resol. 28/GCABA/EURSP/01 no le es aplicable porque fue dictado sin que una norma previa autorizara al Directorio del Ente a disponer un procedimiento de esas características;

iii) que únicamente el Gobierno de la Ciudad podría imponerle sanciones;

iv) que en virtud de lo dispuesto en la cláusula transitoria quinta de la ley 210,"(...) hasta tanto la legislatura no establezca el régimen jurídico de los servicios públicos aplicable por el Ente, el mismo no tiene competencia alguna para juzgar la conducta de un contratista del GCBA" (fs. 45);

v) que el art. 20 de la ley 210 "otorgó competencia jurisdiccional a un organismo administrativo en abierta contraposición con la garantía del juez natural prevista en el art. 18 de nuestra C.N., el art. 29 y lo dispuesto por los actuales arts. 108 y 109 de la misma y los arts. 10, 12 incs. 5º y 6º y art. 13 inc. 3º y concordantes de la CCBA" (fs. 44);

vi) que las reposiciones y/o reparaciones mencionadas en la resol. 09/EURSP/CABA/06 fueron realizadas dentro de los plazos contractuales establecidos al efecto;

vii) que la documentación aportada por la empresa tiene tanta fuerza probatoria como las actas de fiscalización emitidas por el Ente; y

viii) que la sanción impuesta resulta arbitraria, desproporcionada y excesiva.

2. A fs. 57/59 vta. obra copia de la contestación de traslado por el Ente del recurso de apelación judicial que diera origen a estos actuados.

En relación con el planteo vinculado con la falta de facultades sancionatorias, el Ente se refirió al art. 138 de la CCBA, y a los arts. 2º inc. b) y 3º incs. a), b), e), i), y l) de la ley 210.

Por otra parte, el demandado señaló que la documentación presentada por su contraria no se encontraba rubricada por el GCBA ni tenía hojas numeradas en forma correlativa como lo exige el Pliego de Condiciones.

Por fin, el accionado destacó la gravedad de las deficiencias detectadas, en especial la falta de tapas de tableros, por el peligro que ello significa para los transeúntes.

3. La Sala II de la Cámara CAyT de la Ciudad resolvió (fs. 21 vta.) "[r]echazar la demanda y, en consecuencia, confirmar la sanción impuesta a la empresa Mantelectric I.C.I.S.A., con costas a la vencida (art. 62, CCAyT)...". Los jueces Russo y Centanaro adhirieron al voto de la jueza Daniele.

a) En primer lugar, la vocal Daniele trató el agravio vinculado con la supuesta incompetencia del Ente por falta de facultades sancionatorias.

Citó las siguientes normas:

i) el art. 138 de la CCBA, que establece que el Ente, instituido en el ámbito del Poder Ejecutivo, es una persona jurídica autárquica, con independencia funcional y legitimación procesal que ejerce "el control, seguimiento y resguardo de la calidad de los servicios públicos cuya prestación o fiscalización se realice por la administración central y descentralizada o por terceros para la defensa y protección de los derechos de sus usuarios y consumidores, de la competencia y del medio ambiente, velando por la observancia de las leyes que se dicten al respecto";

ii) el art. 2º inc. b) de la ley 210, en el que se incluye al alumbrado público y señalamiento luminoso como uno de los servicios públicos alcanzados por sus disposiciones (la ley 210 reglamentó los arts. 138 y 139 de la CCBA referidos al Ente); y

iii) los incs. b), e) y l) —entre otros— del art. 3º de la ley 210, en los que se enumeran ciertas funciones del Ente: "[c]ontrolar las actividades de los prestadores de servicios públicos en todos los aspectos prescritos por la normativa aplicable respecto a la seguridad, higiene, calidad, continuidad, regularidad, igualdad y generalidad de los servicios" (inc. b); "[c]ontrolar el cumplimiento de los contratos de concesión, licencias, permisos, autorizaciones y habilitaciones" (inc. e); "[r]eglamentar el procedimiento para la aplicación de las sanciones que correspondan por violación de las

disposiciones legales, reglamentarias o contractuales de los respectivos servicios, de conformidad con los regímenes sancionatorios vigentes, y aplicar las mismas respetando los principios del debido proceso" (inc. lº).

La camarista concluyó (fs. 14 vta./15) que "[t]al como se desprende hasta aquí de la normativa citada, el Ente posee amplias facultades de control respecto del servicio —en todos sus aspectos— que brinda la empresa actora, con relación al cumplimiento de los contratos y para aplicar las sanciones que correspondan por violación a las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales...".

Por otra parte, la magistrada dijo:

i) que si bien la facultad de imponer sanciones no está expresamente enumerada entre las atribuciones del Directorio del Ente detalladas en el art. 11 de la ley 210, el inc. i) de dicho artículo sí prevé entre las funciones del Directorio, la de "realizar todos los demás actos que sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones y los objetivos de la presente ley";

ii) que (fs. 15) "[e]s evidente que al mencionarse dentro de las funciones y objetivos del Ente las facultades de control mencionadas respecto de los contratos de concesión, la aplicación de sanciones por sus violaciones y la facultad de reglamentar el procedimiento para ello, el Directorio del Ente contaba con competencia para dictar el acto recurrido por la actora";

iii) que (fs. 15) "[u]na interpretación contaria (*sic*) tendría como efecto vaciar de contenido la extensa enumeración de funciones y objetivos que realiza la norma en sus arts. 2º y 3º."; y

iv) que (fs. 15) "[p]or iguales fundamentos corresponde interpretar que la resol. 28/EURSP/01 que regula el procedimiento de controversias y sanciones del Ente, ha sido dictada dentro del ámbito de su competencia ya que es una facultad mencionada expresamente por la ley 210 en su art. 3º, inc. l) y tiene una relación directa con las funciones asignadas al Directorio del Ente en el art. 11, inc. i), que tiene carácter residual y amplio a fin de que el Directorio pueda cumplir todos los objetivos y funciones de (*sic*) establece la propia ley".

Por lo demás, tampoco se admitió el planteo relacionado con la alegada superposición de competencias con el Poder Ejecutivo de la Ciudad. Ello, por estar presentado como una manifestación meramente genérica, por tratarse el Ente de una persona jurídica autárquica, con independencia funcional y legitimación procesal instituida en el ámbito del Poder Ejecutivo, y por no haberse alegado una doble sanción por el mismo hecho.

b) Por otro lado, la jueza Daniele desestimó el agravio vinculado con la inconstitucionalidad de la facultad jurisdiccional del Ente alegada por Mantelectric. Explicó (fs. 15 vta.) que "(...) la sanción que cuestiona la actora en esta instancia no le fue impuesta como consecuencia del ejercicio de facultades jurisdiccionales del Ente, ya que no se trató de ningún tipo de solución de controversia, sino en virtud de la postestad sancionatoria de dicho organismo, prevista en los arts. 22 y ss. de la ley".

c) Asimismo, la vocal preopinante consideró improcedentes las manifestaciones de la actora en relación con la cláusula transitoria quinta de la ley 210. Expresó:

i) que (fs. 16) "(...) no puede pretenderse que la aplicación de la ley 210 quede supeditada en su vigencia al envío de la compilación de las normas referidas a los servicios públicos a fin de establecer su régimen jurídico para la aplicación por parte del Ente";

ii) que (fs. 16) "[s]e trata de una cláusula que tiende facilitar la actuación del Ente, no obstaculizarla, por lo tanto en nigún (*sic*) supuesto podría interpretarse que las facultades sancionatorias quedaran supeditadas a esa cláusula cuando ello no surge expresamente de su letra"; y

iii) que (fs. 16) "ante la ausencia de previsión expresa en contrario respecto de su vigencia, corresponde concluir que se rige por las normas generales" (8 días a partir de su publicación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 2º del Cód. Civil).

d) La camarista también rechazó el pedido de nulidad del acto atacado. Merituó las actuaciones administrativas, la documentación acompañada por Mantelectric, las declaraciones testimoniales y el informe pericial. Destacó que tal como lo establece el art. 22 de la resol. 28/GCBA/EURSP/01 (reglamentaria de la ley 210), las actas, inspecciones y comprobaciones técnicas son prueba suficiente de los hechos a constatar. Entendió que los documentos agregados por la accionante —además de presentar inconsistencias— eran meras planillas internas de recepción de reclamos telefónicos que no lograban desvirtuar lo que surgía de las actuaciones administrativas.

e) Por último, la sentenciante se ocupó de los señalamientos de la impugnante en punto al monto de la sanción. Evaluó las pautas para la aplicación de multas previstas en la ley 210, así como los informes técnicos previos emitidos por el Ente. Precisó (fs. 21) que "[l]a resolución atacada aparece fundada en este aspecto (teniendo en cuenta los informes técnicos previos) y no ha logrado la actora demostrar la irrazonabilidad de la sanción, la que se presenta como adecuada teniendo en consideración la gravedad de los hechos imputados." Y resaltó (fs. 21) que "(...) se trata de la reparación de luminarias defectuosas que tiene un plazo de reparación correctivo breve (24 hs. conf. art. 68.1 del Pliego de Bases y Condiciones; véase fs. 185/7) y de la reposición de tapas de las columnas que en atención al riesgo que conllevan se les impone un plazo menor de reparación (12 hs conf. art. 68.1 del Pliego de Bases y Condiciones; véase fs. 185/7)".

4. Contra la decisión de la Sala II, la empresa interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 2/11 vta.).

En primer término, la firma se agravió de que el *a quo* considerara que el Ente posee facultades sancionatorias. Sostuvo:

i) que los magistrados, al analizar el art. 11 de la ley 210, no tuvieron en cuenta el principio de interpretación restrictiva de la competencia que rige en el régimen administrativo;

ii) que su planteo de superposición de competencias con el Poder Ejecutivo de la Ciudad fue rechazado en forma dogmática;

iii) que conforme lo previsto en el Pliego de Condiciones, el GCBA efectúa el control y seguimiento del servicio que presta a través de la Dirección General de Alumbrado Público y Servicios Eléctricos —Subsecretaría de Mantenimiento Urbano— del Ministerio de Espacio Público de la Ciudad;

iv) que el Gobierno de la Ciudad no observó fechas de reparaciones fuera del tiempo contractual; y

v) que (fs. 8) "(...) no existe un acto expreso previo habilitante que le permita al Ente intervenir en el procedimiento de imposición de sanciones, en la medida que el Pliego de Condiciones, aprobado por el GCBA, establece que ello le corresponde al Ejecutivo de la Ciudad".

Asimismo, la recurrente insistió en que la cláusula transitoria quinta de la ley 210 condiciona la validez del art. 22 de dicha norma y reiteró (fs. 9 vta.) que "(...) hasta tanto la legislatura no establezca el régimen jurídico de los servicios públicos aplicable por el Ente, el mismo no tiene competencia alguna para juzgar la conducta de un contratista del GCBA". La cláusula transitoria en cuestión prevé que el Poder Ejecutivo deberá enviar a la Legislatura una compilación de las normas aplicables a los servicios públicos a fin de fijar el régimen jurídico que aplicará el Ente. El art. 22 de la ley 210 determina las pautas a las que debe adecuarse el Ente al aplicar las disposiciones sancionatorias contenidas en las distintas normas de regulación de los servicios públicos.

Por otra parte, la actora dijo (fs. 9) que "[e]n lo que refiere al ejercicio de competencias jurisdiccionales, la sentencia, en definitiva, reconoce al Ente la facultad de *legislar*, en cuanto legisla sobre las sanciones, de ser parte pues es el llamado a controlar y *juez* en la medida que dirime el conflicto" (destacados y subrayados en el original).

Finalmente, la contratista señaló (fs. 11) que "(...) la resolución dictada viola el debido proceso al considerar prueba suficiente las Actas de Fiscalización efectuadas, en forma unilateral y sin previo traslado a mi parte, en detrimento de la prueba documental oportunamente acompañada, cuya virtualidad probatoria, como mínimo, resulta idéntica a la aportada por el Ente, atento tratarse de documentación interna de la empresa" (destacado en el original).

5. La Cámara denegó el recurso de inconstitucionalidad de la accionante (fs. 1 y vta.), lo que motivó la queja que tramita en autos (fs. 23/33 vta.).

6. El señor fiscal general adjunto emitió dictamen a fs. 63/65, propiciando el rechazo del recurso directo.

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E.C. Ruiz dijo:

1. La queja fue interpuesta oportunamente (art. 33 de la ley 402). Sin embargo, no puede ser admitida.

2. Al declarar inadmisible el recurso de inconstitucionalidad de fs. 2/11 vta., los magistrados resaltaron que la actora se limitó a mostrar su desacuerdo con la interpretación de normas infraconstitucionales adoptada en el caso. Explicaron que los temas principales del pronunciamiento atacado versaron sobre el hecho denunciado, su prueba, y la interpretación y aplicación de la ley 210. Y recordaron (fs. 1 y vta.) que "[l]a circunstancia de que el recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara sobre reglas de derecho común, infraconstitucional, y sobre la valoración de la prueba, no significa que la sentencia devenga infundada, ni tampoco pone de manifiesto la existencia de un caso constitucional."

3. Mantelectric señala:

i) que en la resolución denegatoria "(...) no ha existido un mínimo tratamiento de los agravios vertidos respecto de la existencia de caso constitucional atento 1. haberse instruido un sumario, sin ley previa autorizante; 2. Encontrarse cuestionadas las facultades sancionatorias del Ente Único de Servicios Públicos de la Ciudad de Buenos Aires, a la luz de lo expresamente normado por el art. 11 de la ley 210 y por su cláusula transitoria quinta" (el destacado aparece en el original, fs. 24); y

ii) que el auto denegatorio omitió referirse a los planteos vinculados con los arts. 138 y 139 de la CCBA y con la sustitución de facultades del Poder Ejecutivo (arts. 102, 104 incs. 13 y 23 y 105 inc. 2º de la CCBA).

En lo que resta de su presentación, la empresa reitera las manifestaciones que ha venido exponiendo desde el inicio del proceso.

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. TSJBA *in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001).

Cada una de las impugnaciones de la accionante a la resol. 09/EURSP/CABA/06 y al marco normativo aplicable mereció pormenorizada respuesta en el fallo de la Sala II. Y, por su parte, la quejosa no aporta ninguna razón —más allá de su comprensible discrepancia con una sentencia que rechaza su pretensión— que logre poner en crisis los fundamentos de la denegatoria de fs. 1 y vta., centrados en que el debate estuvo referido a cuestiones de hecho y prueba y a la aplicación de normas infraconstitucionales.

En síntesis, las deficiencias de la crítica al auto denegatorio sellan la suerte adversa del recurso directo intentado.

4. Por lo expuesto, corresponde rechazar la queja de fs. 23/33 vta.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. La queja fue presentada en legal tiempo y forma, sin embargo no puede prosperar. Los agravios del recurrente no alcanzan a conmover los motivos en que se basó la Cámara para dictar el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad: la inexistencia de caso constitucional.

El recurso de la parte actora versa sobre la interpretación de los hechos de la causa, la prueba producida, y las normas infraconstitucionales aplicables al caso. Dichas cuestiones son ajenas, por vía de principio, a la competencia extraordinaria del TSJBA mediante esta vía impugnatoria extraordinaria intentada por el accionante.

2. No asiste razón al recurrente en tanto sostiene la incompetencia del Ente Único Regulador de los Servicios Públicos para aplicar sanciones. En tal sentido, argumenta la accionante que al estar establecidas las sanciones en los pliegos de bases y condiciones, el órgano competente para imponerlas será el indicado en dichos pliegos: el Jefe de Gobierno de la CABA.

Este argumento es insostenible jurídicamente, toda vez que a partir de la entrada en vigencia de la ley 210 (norma posterior y superior a los pliegos de bases y condiciones que rigieron la contratación) resulta incuestionable la competencia del Ente para controlar el servicio público prestado por la contratista (conf. art. 2º, inc. b) ley local 210), y para aplicar las correspondientes sanciones ante sus incumplimientos.

La referida norma legal establece que el Ente tiene, entre sus funciones, la de "reglamentar el procedimiento para la aplicación de las sanciones que correspondan por violación de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales de los respectivos servicios, de conformidad con los regímenes sancionatorios vigentes, y aplicar las mismas respetando los principios del debido proceso" (art. 3º, inc. l). Por su parte, el art. 11 confiere competencia al Directorio del Ente, entre cuyas facultades se encuentran las siguientes: "aplicar y fiscalizar el cumplimiento de las normas legales y reglamentarias que rigen la actividad del Ente" (inc. a), y "realizar todos los demás actos que sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones y los objetivos de la presente ley" (inc. i).

Cabe agregar, además, que ya desde el año 1996, con anterioridad a la contratación celebrada entre las partes de este proceso, había sido creado el EURSP en el ámbito del Poder Ejecutivo (arts. 138 y 139, CCBA).

Por estos motivos el agravio relativo a la falta de competencia no puede prosperar.

3. Tampoco se advierte en la causa que se haya violado la garantía del debido proceso, toda vez que el procedimiento administrativo que culminó con el dictado

del acto cuestionado, se llevó a cabo de conformidad con la resolución 28/GCABA/EURSP/01, emitida por el Ente —de acuerdo con sus atribuciones legalmente conferidas por el art. 3º, inc. l), arriba citado— conjuntamente con el GCBA. Además, la sanción impuesta estaba tipificada, pues se encontraba establecida en los pliegos de bases y condiciones que rigen la contratación, los cuales resultan aplicables en todos los demás aspectos que no se contradigan con normas superiores.

Por otra parte, respecto del cuestionamiento al art. 22 de la citada resolución —que dispone que las actas e inspecciones constituyen prueba suficiente de los hechos a constatar—, coincido con lo sostenido por el Dr. Lozano, en el considerando 2 de su voto (a cuyos argumentos me remito), toda vez que la actora no aportó, en la causa, ningún otro elemento probatorio contundente a fin de rebatir los hechos acreditados mediante las referidas actas, o lograr un pronunciamiento que se aparte de la solución a la que arribaron los Magistrados de las instancias inferiores.

4. En lo que respecta a la inconstitucionalidad de la facultad jurisdiccional del ente, planteada por el recurrente, coincido con lo sostenido por el Dr. Lozano en el considerando 8 de su voto, puesto que las sanción aplicada a la empresa actora no reviste carácter retributivo, motivo por el cual el EURSP no obró en el ejercicio de sus facultades jurisdiccionales, sino ejerciendo su función administrativa de control del servicio público que presta la actora, mediante la aplicación de una multa pactada en el contrato, ante el incumplimiento de la empresa.

5. Por último, tampoco asiste razón al impugnante en tanto sostiene que el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad es arbitrario, toda vez que la dicha resolución es un pronunciamiento serio y fundado en la ausencia de causa constitucional, y el quejoso solo se limita a manifestar su disconformidad con lo resuelto.

6. En mérito a lo anteriormente expuesto, voto por rechazar la queja y tener por perdido el depósito de fs. 22.

El juez José O. Casás dijo:

1. Coincido con la solución que propician mis colegas las doctoras Ana María Conde y Alicia E. C. Ruiz, consistente en rechazar el recurso de queja interpuesto por Mantelectric ICISA, puesto que, como se verá a continuación, los planteos formulados no logran configurar un caso constitucional que habilite esta instancia recursiva, en tanto remiten exclusivamente a la consideración de la valoración efectuada por los jueces de la causa respecto del alcance de distintos preceptos contenidos en la ley 210 y de cuestiones de hecho y prueba que surgen del expediente.

2. La impugnante esgrime diversos planteos con el objeto de sostener el recurso de inconstitucionalidad deducido contra la sentencia de la Sala II que, en lo que aquí interesa, rechazó la acción deducida para impugnar la validez de la resol. 09/EURSP/06 y, en consecuencia, confirmó las multas impuestas a la empresa recurrente por los incumplimientos en los plazos máximos de reparación de las instalaciones de alumbrado público de las calles Juan Domingo Perón 3311, 3295 y

3440 (columnas 33/1, 32/2 y 34/2, respectivamente), Bartolomé Mitre 3300 y 3384 (columnas 33/1 y 33/3, respectivamente) y Lavalle 2849 (columna 28/2).

3. Un primer grupo de agravios intenta cuestionar la decisión aludida en cuanto afirmó la competencia del EURSP para imponer la sanción objetada. En este punto, Mantelectric ICISA esgrime que el Directorio del EURSP carecería de facultades sancionatorias a la luz de lo dispuesto en el art. 11 de la ley 210 —que enumera sus funciones— y en la cláusula transitoria quinta de ese cuerpo legal que, a su criterio, supeditaría su operatividad. En este mismo sentido, aduce que el reconocimiento de competencia en cabeza del EURSP para aplicar las sanciones establecidas en la documentación contractual sustituye facultades propias del Poder Ejecutivo de la Ciudad y genera una situación de superposición de competencias. Al respecto, alega la vulneración de los arts. 102; 104, inc. 13 y 23 y 105, inc. 2º de la CCBA.

3.1. Si bien en la sentencia de fecha 28 de agosto de 2008 la Sala II, Cámara CAyT recordó los preceptos contenidos en el art. 138 de la CCBA, lo cierto es que el tribunal *a quo* dio respuesta a los cuestionamientos realizados por la accionante mediante la interpretación de las distintas previsiones contenidas en los arts. 2º, 3º y 11 de la ley 210 y es sobre esas cuestiones que la recurrente ahora procura la atención de este estrado.

Así las cosas, toda vez que la actora únicamente postula una exégesis diferente de aquellas normas de naturaleza infraconstitucional involucradas en el pleito, entiendo que las cuestiones propuestas no resultan atendibles en tanto discurren por carriles ajenos a la competencia recursiva reconocida a este estrado.

Por otra parte, si bien la actora se agravia respecto de que la Cámara no habría resuelto puntualmente su planteo referido a que "el Directorio del Ente carece de facultades sancionatorias por no encontrarse mencionadas en forma expresa en el art. 11 de la ley 210" y asimismo postula la falta de competencia del Directorio para dictar la resolución n° 28/EURSP/2001 —que aprobó el Reglamento de Procedimientos de Controversias y Sanciones del EURSP— por fundamentos similares, lo cierto es que estas manifestaciones sólo expresan la discrepancia de la recurrente con el contenido del pronunciamiento discutido, mas no se hacen cargo de lo efectivamente decidido por la Cámara en este punto. Aquí, los jueces de la causa destacaron que el art. 3º de la ley 210 expresamente establece entre las funciones del Ente la de "reglamentar el procedimiento para la aplicación de las sanciones que correspondan por violación de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales de los respectivos servicios, de conformidad con los regímenes sancionatorios vigentes, y aplicar las mismas respetando los principios del debido proceso"; también sostuvieron los magistrados que estas competencias del Ente —como tales, improrrogables— debían ser ejercidas por su máximo órgano colegiado interno, teniendo en cuenta que el art. 11, inc. i, de la ley 210 establece dentro de las funciones del Directorio las de "realizar todos los demás actos que sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones y los objetivos de la presente ley".

En este contexto, las genéricas objeciones formuladas no resultan hábiles para poner en crisis el pronunciamiento impugnado.

3.2. Por su parte, la cuestión referida a la operatividad de la ley 210 tampoco plantea un caso constitucional en los términos del art. 113, inc. 3º, de la CCBA. Aquí también el tribunal *a quo* recurrió a la interpretación de las distintas normas contenidas en la aludida ley 210 y a la aplicación del art. 2º del Cód. Civil para concluir que la exhortación dirigida al Poder Ejecutivo para que enviase a la Legislatura una "compilación ordenada y sistematizada de las normas aplicables a los servicios públicos", contenida en la cláusula transitoria quinta, en modo alguno constituía o podía implicar una condición que supeditara la vigencia de ley 210 sino que sólo podía entenderse como un requerimiento a fin de facilitar la actuación del órgano. Por tal motivo, se advierte que la pretensión recursiva esgrimida únicamente propone a este estrado la consideración de una conjugación diferente y por lo demás peculiar de las normas infraconstitucionales involucradas, sin efectuar una conexión concreta con normas de índole constitucional.

3.3. La misma suerte debe correr el agravio relativo a la pretendida superposición de competencias entre el Poder Ejecutivo y el EURSP. Si bien la recurrente discrepa con la decisión de la Sala II en cuanto reconoció válidamente en cabeza del EURSP (órgano descentralizado del GCBA) competencia para ejercer el poder de policía en materia de servicios públicos de manera complementaria a la actividad desplegada por la administración central local y, en particular, para efectuar el control de la ejecución del contrato celebrado entre el GCBA y la empresa Mantelectric ICISA —y aplicar las sanciones allí previstas, un vez verificado un incumplimiento—, no ha logrado desvirtuar el razonamiento desarrollado por los jueces de la causa en punto a que esta particular modalidad de control no ha entrañado en el caso una duplicación de sanciones por el mismo hecho. Así las cosas, los agravios esgrimidos distan de involucrar un caso constitucional, sin que quepa al Poder Judicial valorar el mérito y la conveniencia del mecanismo diseñado por el Legislador local para asegurar control, seguimiento y resguardo de la calidad de los servicios públicos prestados en la jurisdicción; consideración que también vale frente al genérico planteo orientado a excluir al Ente del aludido control por no haberse previsto ello en la letra del contrato suscripto con el Estado local.

Cabe agregar que la mención de los arts. 102; 104, incs. 13 y 23 y 105, inc. 2º de la CCBA que refieren a deberes y potestades del Poder Ejecutivo local, sin una adecuada fundamentación que los conecte con las cuestiones efectivamente propuestas por la empresa actora en su recurso, tampoco resulta apta para habilitar la vía intentada. Aquí resulta oportuno recordar que este Tribunal ha dicho en numerosas ocasiones que "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", expte. nº 131/99, resolución del 23/2/2000, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. II, pp. 20 y ss., entre muchos otros).

4. La recurrente plantea también la inconstitucionalidad de la pretendida "facultad jurisdiccional" del Ente ejercida en el caso. En particular, sostiene que la actividad desplegada por el EURSP importó el ejercicio de competencia jurisdiccional, en abierta contraposición con la garantía de juez natural prevista en el art. 18 de la C.N. y lo dispuesto en los arts. 29, 108 y 109, de la C.N. y los arts. 10; 12, incs. 5º y 6º, y art. 13, inc. 3º, de la CCBA.

Los planteos formulados en este punto no pueden prosperar, toda vez que la accionante, desde mi óptica, no ha logrado especificar la relación directa de la garantía invocada con lo decidido en el caso. En efecto, los agravios planteados, por su generalidad, no resultan hábiles para acreditar que la actividad desarrollada por el Ente, consistente en controlar la ejecución del contrato celebrado entre el GCBA y la empresa Mantelectric ICISA y aplicar en sede administrativa la sanción prevista en las normas que rigen la relación contractual —más allá del modo en que se decida clasificar tal actuación o de cualquier disquisición terminológica al respecto—, pueda comprometer de manera directa una garantía constitucional orientada, básicamente, a asegurar que no existan tribunales *ad hoc*, creados especialmente para el caso o según la persona a juzgar (prohibición de comisiones especiales) y que las leyes que crean esos tribunales no sean posteriores a los hechos que éstos deban juzgar (leyes *ex post facto*).

Por ello, estos agravios también deben ser desestimados.

5. Corresponde asimismo señalar que las aisladas referencias a garantías propias del ámbito del derecho penal que contiene el recurso tampoco habilitan la instancia extraordinaria ante este estrado, en tanto no se ha demostrado de manera adecuada que ellas puedan ser trasladadas, sin más, a una situación como la planteada en autos, si se tiene en cuenta que las facultades sancionatorias ejercidas por la Administración en el caso surgen del régimen de especial sujeción al cual queda sometida la empresa recurrente al contratar con el GCBA.

6. Finalmente, en lo que respecta a los agravios referidos a la nulidad del procedimiento sancionatorio por la supuesta falta de traslado de las actas de inspección y comprobación técnica invocadas por el EURSP para sustentar la multa resistida y las objeciones relativas al modo en que el tribunal de alzada valoró las constancias y pruebas obrantes en la causa, adhiero a las consideraciones desarrolladas por el doctor Luis F. Lozano en los puntos 2 y 3 de su voto en tanto allí encuentran acabada respuesta.

Por los motivos expuestos, corresponde rechazar el recurso de queja interpuesto por Mantelectric ICISA y dar por perdido el depósito de fs. 22.

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La queja planteada, según explicaré, demuestra que la actora postula la ilegitimidad de la multa resistida con apoyo en cláusulas de la CCBA (v. gr., arts. 10, 12 inc. 5º, 13 inc. 3º) y, en tanto la decisión atacada resuelve en sentido adverso a los derechos fundados en aquellas, corresponde admitirla a ese respecto.

2. En cambio, las objeciones formuladas en torno al modo en que la Sala II valoró las probanzas de la causa exceden el ámbito de revisión asignado al Tribunal en la vía intentada. Aunque el recurrente discrepa con la mayor capacidad probatoria asignada a las constancias emitidas por el EURSP (actas de fiscalización), en desmedro de la atribuida a los partes diarios aportados por la actora, su argumentación no muestra que el *a quo* haya apoyado en cláusulas constitucionales o legales tachadas de inconstitucionales su preferencia por unos elementos respecto de otros o que incurriera en arbitrariedad en la apreciación de su valor probatorio. Los partes diarios prueban que la actora considera debió prevalecer en el establecimiento de los hechos en que apoya sus aseveraciones acerca del cumplimiento temporáneo de sus obligaciones, no vienen acompañados de la acreditación de los recaudos previstos en pliego (v. gr. folios con rúbrica del GCBA y numeración correlativa, art. 77 del Pliego, fs. 219 de los autos principales), circunstancia que le impide demostrar que la apreciación del *a quo* resulta insostenible.

En tales condiciones, como las críticas del recurrente, en los aspectos reseñados en este punto, carecen de aptitud para mostrar que lo decidido por el *a quo* no constituye una derivación posible del derecho aplicable a los hechos de la causa, la revisión requerida resulta ajena al ámbito previsto por el art. 27 de la ley 402. Por tanto, en ese terreno, la queja debe ser rechazada.

3. También debe ser rechazada la queja en orden a la alegada nulidad del procedimiento sancionatorio, planteada con apoyo en la falta de traslado de las actas de inspección y comprobación técnica invocadas por el EURSP como antecedente de la multa resistida, pues fue introducida con el recurso de inconstitucionalidad, lo que impide su tratamiento en esta instancia.

4. Despejado lo anterior, corresponde entonces analizar los agravios en relación con los cuales el recurso de inconstitucionalidad resulta formalmente admisible. Antes, sin embargo, conviene recordar que, verificada la existencia de cuestión constitucional, el Tribunal, al momento de establecer la inteligencia atribuible a las normas constitucionales en juego, no se encuentra limitado por el modo en que el recurrente expone sus agravios, ni se ve impedido de avanzar en la interpretación del derecho infraconstitucional comprometido en la solución del asunto sometido a su decisión (conf. mi voto en "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 del 16/3/2005 y en "Buenos Aires Container Services S.A. c/GCBA s/recurso apel. jud. c/decis. DGR (art. 114, C.F.) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 5890/08, sentencia del 24/9/2008 y *mutatis mutandi Fallos,* 308:647, entre muchos otros).

Los agravios que cuestionan la legitimidad de las sanciones impuesta a la actora, exigen analizar cuál es la potestad o función que involucra su aplicación y, ello a su vez, requerirá determinar el alcance de las competencias asignadas al EURSP por el art. 138 de la CCBA, así como las posibilidades de complementarlas por vía legal, en función de las atribuciones acordadas a la Legislatura por el art. 80 también de la CCBA para, en definitiva, establecer si, como pretende el recurrente, la sanción impuesta por el demandado "...importó el ejercicio de competencia jurisdiccional, en abierta contraposición con la garantía del juez natural, prevista en el art. 18 de nuestra C.N., el art. 29 y lo dispuesto por los actuales arts. 108 y 109 de la misma y los arts. 10, 12, incs. 5º y 6º y art. 13 inc. 3º y concordantes de la CCBA" (fs. 31).

5. El art. 138 de la CCBA dispone: "El Ente Único Regulador de los Servicios Públicos de la Ciudad, instituido en el ámbito del Poder Ejecutivo, es autárquico, con personería jurídica, independencia funcional y legitimación procesal.// Ejerce el control, seguimiento y resguardo de la calidad de los servicios públicos cuya prestación o fiscalización se realice por la administración central y descentralizada o por terceros para la defensa y protección de los derechos de sus usuarios y consumidores, de la competencia y del medio ambiente, velando por la observancia de las leyes que se dicten al respecto". Ello, en línea con el art. 46 de la CCBA según el cual "[l]a Ciudad garantiza la defensa de los consumidores y usuarios de bienes y servicios (...) Ejerce el poder de policía en materia de consumo de todos los bienes y servicios" comercializados o prestados en la CABA.

Para lo que ahora importa, la cláusula constitucional transcripta, además de crear al EURSP con rango constitucional, define su finalidad y objeto con idéntica jerarquía. Al órgano en cuestión se le otorga poder de policía en materia de servicios públicos; poder orientado a asegurar "la defensa y protección de los derechos de (...) usuarios y consumidores" (art. 138 de la CCBA).

Contemplada esa cláusula de modo autónomo y, por hipótesis, como si sólo estuviera reglamentada por una ley que le otorgara al EURSP la potestad de aplicar, previo sumario, sanciones de carácter retributivo, el ejercicio de esa competencia calificaría como despliegue de una función materialmente jurisdiccional. A su respecto, entonces, regirían principios como, por ejemplo, atribución por ley de esa competencia —no natural para la Administración—, necesidad de garantizar el control judicial pleno de las decisiones emitidas en ese terreno, la estabilidad propia de la cosa juzgada judicial cuando la decisión quedara firme aún en sede de la autoridad administrativa que dictó el acto materialmente jurisdiccional (conf. mi voto en "Urfeig, Norberto s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Urfeig, Norberto c/Consejo de la Magistratura s/revisión de cesantías o exoneraciones de emp. públ.'", expte. nº 5041/06, sentencia del 20/7/2007 y en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Frávega S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'", expte. n° 5549/07, sentencia del 2/5/2008).

6. Sin embargo, el art. 3º de la ley 210, reglamentaria del art. 138 de la CCBA, enumera entre las funciones encomendadas al EURSP la de "*l.* Reglamentar el procedimiento para la aplicación de las sanciones que correspondan por violación de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales de los respectivos servicios, de conformidad con los regímenes sancionatorios vigentes, y aplicar las mismas respetando los principios del debido proceso". Esta función se inscribe en el marco de las que también le atribuyen: "*a.* Verificar el correcto cumplimiento de las leyes o normas reglamentarias de los servicios sometidos a su jurisdicción.// *b.* Controlar las actividades de los prestadores de servicios públicos en todos los aspectos prescritos por la normativa aplicable respecto a la seguridad, higiene, calidad, continuidad, regularidad, igualdad y generalidad de los servicios (...) *e.* Controlar el cumplimiento de los contratos de concesión, licencias, permisos, autorizaciones y habilitaciones (...) *k.* Ejercer la jurisdicción administrativa (...)".

Esa ley incorpora, como faceta comprendida por el conjunto de atribuciones propias del "poder de policía" de los servicios públicos asignado al ente previsto en el art. 138 de la CCBA, las facultades de control incluidas en los contratos de concesión contemplados en el precepto constitucional aludido. Ello abarca las potestades sancionatorias previstas para restablecer la normal ejecución del contrato frente a incumplimientos del contratista. Se trata, a diferencia de las penas que ostentan carácter general, de previsiones contractuales dirigidas a una de las partes que, al celebrar el pacto, ingresa voluntariamente al ámbito de un régimen especial que le reporta beneficios y obligaciones específicas. Entre estas últimas, la de afrontar sanciones frente al incumplimiento comprobado de prestaciones asumidas mediante el contrato.

La discusión de autos no controvierte la validez constitucional de conferir al EURSP el poder sancionador del contrato sino, en cambio, la posibilidad de hacerlo en relación con el servicio que presta la actora por cuanto, según los agravios, esa función en el pliego de la licitación 93/97 habría sido conferida a otro órgano del GCBA, excluyendo por ese solo hecho la competencia del EURSP a ese respecto. Acerca de esta cuestión me referiré más adelante.

Aclarado ello, es preciso señalar que el art. 80 de la CCBA dispone que la Legislatura de la CABA "...*1.* Dicta leyes, resoluciones y declaraciones para hacer efectivo el ejercicio de los derechos, deberes y garantías establecidos en la Constitución Nacional y en la presente y toma todas las decisiones previstas en esta Constitución para poner en ejercicio los poderes y autoridades" y "[l]egisla en materia: (...) *g)* (...) de defensa del usuario y consumidor". Ello, en consonancia con lo previsto en el ya mencionado art. 46 de la CCBA, según el cual, "[l]a Ciudad garantiza la defensa de los consumidores y usuarios de bienes y servicios..." y [e]jerce el poder de policía en materia de consumo de todos los bienes y servicios" comercializados o prestados en la CABA. En las condiciones reseñadas, entonces, basta apuntar que la regulación prevista en la citada ley 210 no prevé limitación alguna por la circunstancia de que exista una autoridad del contrato, distinta del EURSP, dotada del derecho a aplicar esas sanciones. Más aún, es natural que así sea, porque

el EURSP no está diseñado para desplazar a la Administración con competencias más específicas sino para complementarla. Dentro del marco descripto, entonces, la ley abarca una materia disponible por el legislador.

7. De cualquier manera, a este respecto, el recurrente cuestiona la existencia de la competencia para aplicar sanciones como la de autos, porque, sostiene, la ley 210 no la atribuye de modo expreso. Para el accionante, la sentencia impugnada, en este punto, "...resulta contraria al principio de interpretación restrictiva de la competencia que rige en el régimen administrativo" pues, según destaca, "[l]a competencia no se configura como un límite externo a la actuación, sino, antes bien, un presupuesto de ella, en virtud de la vinculación positiva de la Administración al ordenamiento jurídico" (fs. 29).

Establecido ya que la multa impuesta configura un supuesto de sanción contractual, las conclusiones de la Sala II, Cámara CAyT en lo que ahora nos ocupa no quedan desvirtuadas por los argumentos del recurrente. En tal sentido, basta señalar que el art. 3º de la ley 210 dispone que corresponde al EURSP "l. Reglamentar el procedimiento para la aplicación de las sanciones que correspondan por violación de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales de los respectivos servicios, de conformidad con los regímenes sancionatorios vigentes, y aplicar las mismas respetando los principios del debido proceso" (sin destacar en el original). Por su parte, el art. 11 de esa norma establece que es competencia del Directorio del EURSP "i. Realizar todos los demás actos que sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones y los objetivos de la presente ley".

En tal contexto, es indisputable que el constituyente atribuyó al EURSP el poder de policía en materia de servicios públicos para asegurar la defensa y protección de los derechos de usuarios y consumidores (arts. 46 y 138 de la CCBA). A su turno, el legislador —en uso de la potestad que el art. 80, inc. 1º, de la CCBA le confiere para poner en ejercicio los poderes en ella previstos—, dictó la ley 210 que incluyó como funciones del EURSP: el control de los contratos de concesión, el ejercicio de la jurisdicción administrativa, la regulación del procedimiento sancionatorio y la aplicación de sanciones por violaciones legales, reglamentarias o contractuales de los respectivos servicios (art. 3º, inc. b, e, k y l) y, finalmente, identificó al Directorio del ente como su autoridad de aplicación (art. 11 ya citado). A ese respecto, el recurrente no muestra por qué el contenido expreso del inc. lº de la ley 210 brindaría insuficiente respaldo a las competencias ejercidas por el Directorio del EURSP en relación con las multas bajo estudio.

A su turno, la falta de operatividad del art. 22 de la ley 210 que el recurrente funda en la inteligencia que le asigna a la cláusula transitoria quinta de esa normativa —según la cual "El Poder Ejecutivo, en el plazo de 180 (ciento ochenta) días de promulgada la presente ley, enviará a la Legislatura una compilación ordenada y sistematizada de las normas aplicables a los servicios públicos, objeto de regulación y control, a fin de establecer el régimen jurídico de los servicios públicos de la Ciudad de Buenos Aires que aplicará el Ente"— fue rechazado por el *a quo* sin que los agravios del accionante logren desvirtuar lo decidido sobre el punto. Al

reeditar sus objeciones ante esta instancia, el recurrente, expresa su discrepancia pero no demuestra por qué, frente a la ausencia de previsión en contrario invocada por la Sala II, la decisión de atribuir vigencia a la norma en cuestión con apoyo en las reglas estimadas aplicables en la materia (art. 2º del Cód. Civil, fs. 16), resultaría descalificable como resolución judicial válida.

De cualquier modo, establecer que las cuestionadas son potestades abarcadas por la competencia que la CCBA atribuye al EURSP no significa, en cambio, expedirse en torno a si el sistema que regula la normativa analizada es el mejor medio para lograr la finalidad perseguida. Esa valoración no corresponde a los órganos permanentes del Poder Judicial y es privativa del órgano depositario de la soberanía popular. En ese terreno, aunque las consideraciones de la defensa, dirigidas a lograr que el sistema de doble control (no de doble sanción, según explicaré) implementado por las normas analizadas no perturbe la prestación que tiene a su cargo, no prueben menoscabo de derechos, ello no implica que no sean cuestiones relevantes como para acordar entre los interesados el establecimiento de reglas eficientes de confección de partes diarios oponibles a cualquier órgano con competencia para ejercer la potestad sancionatoria del contrato que permitan certificar las condiciones de hecho relativas a deficiencias o anomalías en la prestación del servicio en juego.

8. Hasta aquí, queda establecido que el bloque normativo que crea y organiza al EURSP abarca la policía de los servicios públicos y el poder sancionador previsto en contratos que, como el que suscita esta controversia, se prestan en el ámbito de la CABA.

Dentro de ese marco, la sentencia impugnada sostuvo que la sanción cuestionada por la actora "...no le fue impuesta como consecuencia del ejercicio de facultades jurisdiccionales del Ente, ya que no se trató de ningún tipo de solución de controversias, sino en virtud de la potestad sancionatoria de dicho organismo" (fs. 15 vta.). La afirmación se apoyó en las previsiones de los arts. 20 y 22 de la ley 210 que, respectivamente, establecen: "Toda controversia que se suscite entre los sujetos de los distintos servicios regulados, así como con todo tipo de terceros interesados, ya sean personas físicas o jurídicas, con motivo de la prestación del servicio, debe ser sometida en forma previa al conocimiento y consideración del Ente a cuyo efecto dicta las normas reglamentarias pertinentes.// Es facultativo para los usuarios el sometimiento a la jurisdicción previa del Ente" y "Las disposiciones sancionatorias contenidas en las distintas normas de regulación de los servicios comprendidos en esta ley, son aplicadas por el Ente...". A criterio del *a quo*, "...tanto la ley 210 como la resol. 28/EURSP/01 establecen dos tipos de procedimientos bien diferenciados. Uno, referido al control jurisdiccional (...) y otro, a las sanciones (...) capítulos VI y VII —respectivamente— de la ley mencionada" (fs. 15 vta.).

Aunque asiste razón al recurrente en cuanto afirma que las potestades jurisdiccionales no se agotan en la resolución de controversias pues, conforme quedó dicho (véase punto 5 de este voto), también incluirían la imposición de sanciones de carácter retributivo, lo cierto es que la actora no brinda argumento alguno para

rebatir la interpretación asignada al art. 22 de la ley 210 como fuente de la atribución para aplicar sanciones orientadas a resguardar el cumplimiento del contrato, frente a situaciones como la que nos ocupa en las que las anomalías imputadas comprometen la prestación de un servicio público, lo que coloca al concesionario en una posición que lo distingue de la población general y le reporta obligaciones y beneficios diferenciados.

Al margen de la invocada superposición de controles esgrimida por la actora —de la que me ocuparé oportunamente—, conferida al Ente la potestad sancionatoria derivada del contrato, su ejercicio queda sujeto a las reglas propias de la función administrativa involucrada. En este terreno, por tanto, no son aplicables los principios de la función jurisdiccional, ni los del derecho penal. Esto último, reitero (véase punto 6) porque el destinatario de la multa es un sujeto que ingresa voluntariamente a un régimen que, por la finalidad que persigue, contempla regulaciones más estrictas de los derechos del concesionario. A su vez, en ese marco la sanción no reviste carácter retributivo ni, por tanto, está en juego función jurisdiccional alguna.

Así entonces, las cláusulas constitucionales invocadas por el recurrente, relativas a las garantías previstas en los arts. 12, inc. 5º, y 13, inc. 3º, de la CCBA, en función de la normativa de rango constitucional y legal que organiza al EURSP *supra* analizada, no aparecen menoscabadas por la multa cuestionada por Mantelectric.

9. Despejado lo anterior, resta analizar si el modo en que la ley 210 confirió la potestad sancionatoria, ya identificada como de carácter administrativo, vulnera derechos adquiridos por el accionante a partir del contrato que regula la prestación del servicio a su cargo. Es ese, en definitiva, el agravio que el recurrente propone cuando atribuye estabilidad a las disposiciones del pliego que, según pretende, le confieren de modo irrevocable el derecho a ser controlado por un órgano del GCBA que no es el EURSP. Dicho de otro modo, el recurrente invoca que las previsiones del contrato generan la incorporación a su patrimonio, con las características de la propiedad, del derecho a no recibir otras sanciones que las previstas en el pliego y del modo en que allí se las establece.

El planteo, entonces, aparece vinculado con una relación jurídica, el contrato, que por regla es susceptible de ser abarcada por la garantía prevista en el art. 12, inc. 5º, de la CCBA.

Ahora bien, no es menos cierto que "...no es en la Constitución Nacional, ni en la CCBA, donde se definen los derechos que quedan tutelados por el art. 17 y 12 de esos cuerpos normativos. Establecer cuándo una persona incorpora una situación a su patrimonio con las características del derecho de propiedad es tarea que compete al legislador, dentro de los límites constitucionales. Una vez cumplidos los recaudos del supuesto previsto por la normativa, el derecho otorgado gozará del resguardo que contempla la cláusula constitucional invocada. En este sentido, resulta ilustrativo recordar las enseñanzas de Thomas Cooley cuando explica que será propiedad aquello a lo que la ley atribuya tal carácter, concepto que incluye según palabras de la CSJN —inspiradas tanto en la doctrina como en la jurispru-

dencia norteamericana—, "todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y su libertad" por eso "todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley (...) integra el concepto constitucional de 'propiedad'" (*Fallos*,144:219 y 145:307, "Campbell v. Holt", 115 U.S. 620, 1885, y Thomas M. Cooley, "The General Principles of Constitutional Law in the United States of America", pp. 345/346, Little Brown and Company, 1898 y mi voto en "Pelacoff, Lisa Paola c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 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 entre otros).

Para demostrar que la multa cuestionada conculca el derecho de propiedad, el accionante, debió acreditar que las previsiones del contrato restringen la asignación del poder sancionador en juego y, luego, en su caso, que esa limitación pudiera tener el alcance que el recurrente le atribuye. En cuanto a lo primero, el Pliego, invocado para avalar el agravio bajo estudio, prevé que "[l]a dirección y el control de la Ejecución del Contrato estará a cargo de la Secretaría de Producción y Servicios del GCBA. La inspección a que aluden estas bases de contratación estará a cargo de agentes que revistan en la Dirección General de Servicios Públicos, la que se ejercerá *per se* o a través de las Delegaciones que se establezcan de conformidad con la descentralización administrativa y operativa de la Ciudad, incorporada en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires" (art. 49, fs. 166 de los autos principales). Frente a ello, el EURSP "...instituido en el ámbito del Poder Ejecutivo..." por el art. 138 de la CCBA no parece a priori como un sujeto ajeno a las previsiones contempladas en el propio pliego. De cualquier modo, la estabilidad del contrato en sentido estricto no es trasladable a la faceta reglamentaria inherente a ciertos aspectos regulados por los pliegos de condiciones generales de los contratos administrativos. Basta señalar que las competencias del Poder Ejecutivo asignadas en el pliego a una determinada repartición estatal no podrían condicionar a la Administración porque, ello, implicaría petrificar el ejercicio de una función, la reglamentaria, por naturaleza mutable (v. gr. modificaciones en la estructura administrativa justificarían reasignar funciones encomendadas a un órgano que se suprime). Tampoco previsiones del pliego como la que nos ocupa podrían condicionar las potestades que la CCBA confiere al Legislador cuando establece que legisla para "...poner en ejercicio los poderes y autoridades" previstos en la CCBA así como también "...en materia Administrativa..."; potestades cuyo ejercicio queda reflejado en el art. 22 de ley 210 sin que se hubiera cuestionado su constitucionalidad (conf. mi voto en "Asociación de Psicólogos del GCBA c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 5942/08, sentencia del 20/8/09). En consecuencia, el pliego y la ley 210 operan, para lo que ahora se analiza (autoridad de aplicación de las sanciones contractuales), en un ámbito que impide invocar el derecho al mantenimiento de la cláusula bajo estudio pues ella se refiere al modo en que el Estado organiza y distribuye el ejercicio de sus funciones.

10. Por otra parte, el recurrente señala que la ilegitimidad de la sanción también derivaría de la superposición de controles asignados a una repartición de la

Administración centralizada y al EURSP, encargándoles a ambos la aplicación del régimen sancionatorio del contrato. En palabras del recurrente "...la superposición de competencias es evidente (...) si bien no se ha alegado una doble sanción por el mismo hecho en violación al principio *non bis in idem*, no es menos cierto que ambas competencias se superponen permitiendo al Estado, con todos sus recursos y poder, llevar a cabo esfuerzos repetidos para condenar a mi mandante" (fs. 29 vta.).

En los puntos 5 y 6 de este voto quedó establecido por qué la sanción resistida no constituye una pena, ni su aplicación compromete el ejercicio de facultades jurisdiccionales. Como contrapartida, también se explicó que la multa contractual impuesta es parte de las prerrogativas estatales en el marco de una concesión de servicio público y expresan el ejercicio de una función administrativa orientada a lograr el normal desarrollo en la ejecución del contrato. En tales condiciones, cualquiera fuera el tenor de las objeciones que, por hipótesis, pudiera suscitar la aplicación superpuesta de sanciones contractuales por un mismo hecho, ellas no estarían amparadas por la garantía invocada, propia del ámbito de las sanciones retributivas y no de las administrativas (conf. mi voto en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Mancuso, Marcela Lidia c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires —apelación—'", expte. nº 4106/05, sentencia del 21/12/05 y "Carballo, Héctor Fernando s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Carballo, Héctor Fernando c/GCBA s/medida cautelar'", expte. n° 4311/05, sentencia del 26/4/06 así como Joaquín Meseguer Yerba, "El principio *non bis in idem* en el procedimiento administrativo sancionador", pp. 19/22, Bosch, Barcelona, 2000). En realidad, la imposibilidad de aplicar dos veces las sanciones del contrato deriva del propio contrato que no lo contempla como opción admitida. Una cosa es dotar al EURSP de competencias para controlar a la autoridad de aplicación de las sanciones del contrato y otra admitir la duplicación de sanciones. Lo primero viene establecido por el bloque normativo analizado a lo largo del voto, en cambio, lo segundo, es una hipótesis que no encuentra respaldo alguno en el contrato, única fuente de la potestad sancionatoria aquí discutida.

Por lo demás, las partes coinciden en que la Dirección General de Alumbrado Público y Servicio Eléctrico no aplicó sanciones por los hechos de autos (fs. 328 y 281 de los autos principales). Aunque el recurrente propicia derivar de ello que no existieron los incumplimientos sancionados soslaya que el informe, al tiempo que señala que "...no se observa incumplimiento de los plazos contractuales...", también indica que en relación con las anomalías aquí discutidas "[d]ado la fecha de recepción del actuado y toda vez que el pedido de información es sobre hechos ocurridos con casi dos años de antigüedad, se ha utilizado como datos los registrados en los partes de novedades y otras" y que "[a]l comparar lo allí existente y lo obrante en fs. 02 a 08 del actuado [informe técnico producido por AVP del EURSP/CABA], se observan discrepancias entre los números de reclamos de los partes consultados y lo indicado en el actuado, como así también, respecto de la numeración de algún piquete o de la anomalía detectada". Frente a ello, la actora debió explicar por qué la acreditación del incumplimiento que el *a quo* fundó en las planillas de seguimiento aportadas por el EURSP quedaría desvirtuado por la

afirmación genérica obrante en el informe de fs. 328 —a cuyo respecto, la actora tampoco se hace cargo de la falta de precisión en el mencionado informe, en relación a cuáles "partes de novedades" se refiere o qué elementos denotaría la expresión "otras" también contenida allí.

En este punto, entonces, y al margen de la conveniencia o idoneidad del régimen adoptado por el art. 138 de la CCBA, reglamentado por la ley 210, al haberse otorgado al EURSP la potestad sancionatoria derivada del contrato, la mera constatación de su ejercicio no es suficiente para alegar problemas de superposición de controles. En todo caso, sería menester probar una evaluación contradictoria de un hecho por parte de dos autoridades de aplicación o, cuanto menos, demostrar que existe vicio en la causa del acto que pretende el pago de una multa ya satisfecha (o no ejecutoriada), porque la segunda sanción resulta instada por la actividad de un órgano diferente al que la aplicó en primer término.

Por las razones expuestas, oído el señor fiscal general adjunto, voto por admitir parcialmente la queja y rechazar el recurso de inconstitucionalidad. Las costas se imponen por su orden en atención a la complejidad de la cuestión debatida (art. 62 del CCAyT).

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja planteado por Mantelectric ICISA.

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 - José O. Casás.*

LXXXII

"VIDAL, MARÍA DEL CARMEN S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'VIDAL, MARÍA DEL CARMEN C/GCBA S/EMPLEO PÚBLICO (NO CESANTÍA NI EXONERACIÓN)'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos. Cuestión federal. Interpretación de normas infraconstitucionales. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. El recurso extraordinario federal interpuesto resulta inadmisible atento el carácter no federal de los argumentos en que encontró apoyo la sentencia a cuya

revisión aspira la recurrente, ya que los magistrados para resolver si procedían las diferencias salariales reclamadas por la actora, apoyaron su decisión en una interpretación de los decs. locales 670/92 y 922/94. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

2. 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. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

Expte. SACAyT n° 6671/09 - 27/4/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. María del Carmen Vidal interpuso recurso extraordinario federal (fs. 43/56 vta.) contra la sentencia de fecha 28/12/2009 por la que este Tribunal rechazó el recurso de queja que dedujera su parte contra el pronunciamiento dictado por la Sala II de la Cámara CAyT de fecha 17/6/2009 (fs. 504/505, de los autos principales).

2. El recurso fue contestado por la parte demandada, que solicitó su rechazo (fs. 61/70 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. El recurso extraordinario federal interpuesto resulta inadmisible atento el carácter no federal de los argumentos en que encontró apoyo la sentencia a cuya revisión aspira la recurrente, esto es, la sentencia de Cámara de fecha 9 de marzo de 2009. En efecto, los magistrados para resolver si procedían las diferencias salariales reclamadas por la actora apoyaron su decisión en una interpretación de los decs. locales 670/92 y 922/94.

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).

Las garantías constitucionales que genéricamente invoca la actora (defensa en juicio, igual remuneración por igual tarea, derecho de propiedad), para justificar la existencia de una cuestión federal en los términos del art. 14, inc. 2º de la ley 48, 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 derecho local que no guardan relación directa e inmediata con los artículos invocados de la Constitución Nacional (*Fallos* 300:130).

2. 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.

Tampoco la gravedad institucional que alega la actora (fs. 49 vta./50 vta.), permitiría la concesión del remedio federal intentado, porque conforme lo tiene dicho la CSJN "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).

3. 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, 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" (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).

4. En atención a las razones expuestas, corresponde denegar el recurso extraordinario federal interpuesto por María del Carmen Vidal. 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).

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez Luis F. Lozano.

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero al voto del señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano, en tanto allí se expresan acabadamente los motivos por los cuales corresponde denegar el recurso extraordinario federal deducido por María del Carmen Vidal, con costas.

En particular, respecto del planteo de arbitrariedad de sentencia esgrimido por la actora como principal causal de impugnación, coincido con mi distinguido colega en que, por regla general, no corresponde al tribunal emisor del fallo objetado pronunciarse respecto de la invocada arbitrariedad de su decisorio; y; por su

parte, a partir de los términos del presente recurso, en el *sub lite* no corresponde hacer excepción a dicha regla.

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

El recurso extraordinario federal ha sido interpuesto en tiempo y forma. En cuanto a las cuestiones federales —que en principio deben surgir de los agravios y no exclusivamente de la sentencia definitiva que se impugna—, observo que tales cuestiones no se desarrollan. Tampoco las elusivas y dispersas menciones a normas y principios constitucionales permiten constatar la existencia de planteos de índole federal.

En razón de lo expuesto, voto por denegar el recurso extraordinario federal con costas (art. 68, CPCCN).

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal planteado por María del Carmen Vidal, con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita como está ordenado a fs. 29, punto 3.

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

LXXXIII

"PELUFFO, HORACIO RAÚL C/GCBA S/EMPLEO PÚBLICO (NO CESANTÍA NI EXONERACIÓN) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO" Y SU ACUMULADO: EXPTE. Nº 6705/09 "PELUFFO, HORACIO RAÚL S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'PELUFFO, HORACIO RAÚL C/GCBA S/EMPLEO PÚBLICO (NO CESANTÍA NI EXONERACIÓN)'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos.
Cuestión federal. Interpretación de normas infraconstitucionales.

SUMARIOS:

1. Resulta ajena la instancia extraordinaria el examen y la ponderación de normas locales infraconstitucionales. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano y José O. Casás).*

2. Las garantías constitucionales que genéricamente invoca el actor para justificar la existencia de cuestión federal (en los términos del art. 14, inc. 2º de la ley 48) y que habría afectado o inaplicado la sentencia recurrida, no guardan relación directa e inmediata con lo decidido (art. 15, ley 48), teniendo en cuenta el carácter excepcional de la jurisdicción extraordinaria, pues 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. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano y José O. Casás).*

Expte. SACAyT n° 6713/09 - 27/4/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Horacio Raúl Peluffo interpuso recurso extraordinario federal (fs. 636/656) contra la sentencia de fecha 5 de febrero de 2010 por la que este Tribunal, por mayoría, dispuso "(r)echazar el recurso de queja y declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuestos" por su parte (fs. 613/631).

2. El recurso fue contestado por la parte demandada, que solicitó su rechazo (fs. 660/669 vta.).

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso extraordinario federal interpuesto en tiempo oportuno ante el Tribunal es formalmente admisible (conforme los términos de la acordada 4/07 de la CSJN).

2. Agotadas las vías recursivas ordinarias y extraordinarias locales, la parte actora objeta la sentencia definitiva que emitiera, en autos, la máxima instancia jurisdiccional de la Ciudad.

3. El escrito de interposición del recurso extraordinario federal contiene un relato claro y preciso de las circunstancias relevantes de la causa, de los derechos y garantías y principios de la Constitución Nacional que el recurrente entiende que se encuentran afectados por el fallo impugnado, y de la relación directa entre la cuestión federal que introduce y los temas que fueran objeto de tratamiento y decisión por el Tribunal.

4. Los agravios concretos y actuales que se enuncian y fundan en la presentación en análisis son los siguientes:

a) La afectación del derecho de propiedad. Según el actor, el dec. 922/94 ha lesionado su derecho a percibir las diferencias salariales que le correspondían.

b) La afectación del derecho de defensa. En tal sentido, la parte actora critica el carácter puramente decisionista del fallo.

c) La afectación del derecho constitucional [y convencional] de igual remuneración por igual tarea.

d) Por fin, el Dr. Peluffo se agravia de la inaplicación del principio protectorio del derecho del trabajo, principio de raigambre constitucional.

5. En atención a lo señalado precedentemente, voto por declarar admisible el recurso extraordinario federal interpuesto por Horacio Raúl Peluffo.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso extraordinario federal interpuesto por el GCBA no es admisible por varias razones.

2. En primer lugar, cabe resaltar que la sentencia cuestionada mediante el presente recurso rechazó la queja y declaró mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuestos por el accionante, por no satisfacer los recaudos establecidos en las disposiciones locales que regulan ambas vías impugnatorias locales.

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 —como principio— no son revisables en la instancia extraordinaria, en virtud del carácter fáctico y procesal de las cuestiones que suscitan (conf. *Fallos*, 299:268; 302:1040; 307:819; 311:101, entre muchos otros; y TSJBA, causa 2184/03 – "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Hernández, Leonardo Javier c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA]'", resolución del 13/8/2003), dado que ponderar si se encuentran reunidos los requisitos de admisibilidad de un recurso local, indudablemente, constituye una cuestión de hecho y de derecho procesal, ajena a la instancia extraordinaria a la que se pretende acceder.

3. En segundo lugar, porque obsta a la concesión del recurso el carácter no federal de la cuestión debatida.

En el caso, el problema se circunscribe a determinar el alcance temporal de los decs. 670/92 y 922/94, a los efectos de establecer la procedencia del cobro de diferencias salariales reclamado por el actor. Tal tópico remite indefectiblemente al examen y ponderación de normas locales infraconstitucionales, por lo que resulta ajeno a la instancia federal extraordinaria que se pretende abrir con este recurso. A poco que se advierta, el asunto trata aspectos relativos a la relación de empleo público que liga al accionante con la Ciudad de Buenos Aires. La decisión que —en definitiva— el 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 local 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. En tercer lugar, porque las garantías constitucionales que genéricamente invoca el actor para justificar la existencia de cuestión federal (en los términos del art. 14 inc. 2º de la ley 48) y que habría afectado o inaplicado la sentencia recurrida —derecho de propiedad, derecho de defensa, principio de igual remuneración por igual tarea, principio *in dubio pro operario*—, 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 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, pese a que el recurrente menciona normas constitucionales presuntamente afectadas, luego 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 17 de junio de 2009.

5. Por lo demás, el 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.

Particularmente, 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. 3° 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. En atención a las razones expuestas, corresponde denegar el recurso extraordinario federal interpuesto por Horacio Raúl Peluffo. Con costas a la vencida (conf. art. 68, primer párrafo, CPCCN).

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

Adherimos al voto de nuestra colega, la jueza Ana María Conde.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal interpuesto por Horacio Raúl Peluffo, 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 - José O. Casás.*

LXXXIV

"TELMEX ARGENTINA S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'TELMEX ARGENTINA S.A. S/INFR. ART(S). 4.1.12 —PROMOCIÓN EN VÍA PÚBLICA— LEY 451'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Principio de autosuficiencia. Cuestiones de hecho y prueba. Interpretación de normas infraconstitucionales.

SUMARIOS:

1. La quejosa no logra conmover los fundamentos que el *a quo* ha considerado para declarar inadmisible su recurso de inconstitucionalidad, ni consigue dar sustento a ninguna de sus afirmaciones. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

2. La omisión del recurrente de acompañar las copias de las piezas procesales a las que pretende otorgar significancia en su recurso de queja, le resta la autosuficiencia con la que debió ser dotada. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás*).

3. Este Tribunal no puede encarar la revisión integral de todo lo actuado como lo pretende el recurrente, oficiando como una instancia ordinaria más en el proceso judicial de faltas, ni puede adentrarse en el análisis de planteos que sólo sirven para dejar expuesto su desacuerdo con la valoración que las instancias anteriores han efectuado sobre cuestiones de hecho y prueba, o con la interpretación y aplicación del derecho infraconstitucional que los magistrados intervinientes han hecho en el

ámbito de su incumbencia. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

Expte. SAPCyF nº 6854/09 - 29/4/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Telmex S.A. (en adelante Telmex) fue condenada por la justicia en lo Penal, Contravencional y de Faltas a la sanción de multa de 230.000 unidades fijas de cumplimiento efectivo, por la comisión de diversas infracciones, que fueron asentadas en las actas nºs. 3546, 5695 y 5696, encuadradas respectivamente en los arts. 2.1.23, 2.1.15 y 1.3.10[3] de la ley 451 (fs. 10/17).

2. Telmex apeló la sentencia (fs. 19/33). Se agravió de que al aplicársele la sanción prevista en el art. 2.1.23 de la ley 451, la jueza de primera instancia habría descartado erróneamente una prueba agregada al expediente administrativo correspondiente, la que debería haber considerado en virtud de la dispensa de formalismo propia del procedimiento administrativo (fs. 21). Manifestó que faltaba tipicidad a los hechos por los que se la condenó en base al art. 1.3.10.

En cuanto a las infracciones previstas en el art. 2.1.15 de la ley 451, argumentó la presunta infractora que al caso eran aplicables los "principios de derecho penal" (fs. 21 vta.), que las conductas constatadas en el acta correspondiente resultaban atípicas y, en subsidio, que debía considerárselas bajo la figura del concurso ideal. También alegó que la magistrada de grado había realizado valoraciones arbitrarias en materia de prueba, y que una medida instructoria dispuesta no se había producido.

Por último se agravió del monto de la multa, por considerarlo irrazonable.

[3] Ley 451, Régimen de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires, publicada el 6/10/2000 en el *BOCBA* nº 1043.
Art. 2.1.23: Las personas físicas o jurídicas que incumplan las condiciones establecidas en el permiso de obra que les fuera otorgado serán sancionadas con multa de 2.000 a 100.000 unidades fijas. (Incorporado por art. 11 de la ley 2634, *BOCBA* nº 2858 del 25/1/2008).
Art. 2.1.15: *Zanjas y pozos en la vía pública*. La empresa responsable de la apertura de pozos o zanjas en la vía pública que los efectúe sin permiso o con permiso vencido, o que omita colocar vallas de seguridad, defensas, anuncios, señales y dispositivos de seguridad reglamentarios, es sancionado/a con multa de 100.000 a 200.000 unidades fijas y/o inhabilitación. (Conforme texto art. 15 de la ley 2680, *BOCBA* nº 2930 del 15/5/2008).
Art. 1.3.10: *Abandono de material*. El/la que deje desperdicios, desechos o escombros en la vía pública, baldíos o fincas abandonadas, es sancionado/a con multa de $ 50 a $ 500.
Cuando la falta sea cometida por una empresa o el material provenga de un local o establecimiento en el que se desarrollen actividades comerciales o industriales el titular o responsable es sancionado/a con multa de $ 200 a $ 5.000 y/o inhabilitación y/o clausura.

3. Confirmada por la Cámara la sentencia apelada, Telmex S.A. interpuso el recurso de inconstitucionalidad que obra a fs. 44/56. Sostuvo que la sentencia era arbitraria en su valoración de la prueba. También se agravió de que incurría en inobservancia de los principios de razonabilidad, legalidad e inocencia, y que vulneraba el derecho de defensa y la garantía del debido proceso.

4. La Sala III declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad. Consideró que la defensa no había planteado un agravio constitucional, sino un simple desacuerdo con la interpretación que el *a quo* había realizado de normas infraconstitucionales. Afirmó también que la doctrina de la arbitrariedad de sentencia no permitía discutir la inteligencia dada a temas regidos por normas de derecho público local. En definitiva, que no había demostrado lesión a un principio de jerarquía constitucional.

5. Contra el auto denegatorio, Telmex interpuso el recurso de queja que obra a fs. 68/75 vta. Requerido su dictamen, el señor fiscal general adjunto propició su rechazo (fs. 79/81).

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La queja de fs. 68/75 vta. fue interpuesta por escrito ante este Tribunal en tiempo oportuno (art. 33 de la ley 402). Aun sí, debe ser rechazada. La quejosa no logra conmover los fundamentos que el *a quo* ha considerado para declarar inadmisible su recurso de inconstitucionalidad, ni consigue dar sustento a ninguna de sus afirmaciones.

2. La recurrente se limitó a negar lo afirmado por el *a quo*, sosteniendo sin precisiones que había expuesto "de manera concreta y precisa los agravios constitucionales que le provocaba la sentencia recurrida" (fs. 71 vta.). Esa mera negación, y la enunciación general de esos supuestos agravios que le sigue, pretenden velar el propósito de Telmex de reenviar la discusión a la interpretación de normas de menor jerarquía, tal como había advertido la Sala III.

Respecto de la tacha de arbitrariedad, la Cámara señaló que ésta "no tiene por objeto la corrección de fallos equivocados…, sino que atiende sólo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema…" (fs. 58 vta.). En ese sentido, la recurrente afirma que "nos encontramos ante un caso en donde la tacha de arbitrariedad por violación de garantías constitucionales es de extrema gravedad" y pretende fundar la evaluación de la gravedad que realiza en que se la habría privado "de manera absolutamente inconstitucional de probar la improcedencia de la sanción impuesta".

Su razonamiento resulta tautológico, y sus afirmaciones no logran criticar lo afirmado por la Cámara. De la sola descripción de los hechos no se sigue que estos sean de "extrema gravedad", aspecto que tampoco puede —como pretende la quejosa— sostenerse en abstracto.

Finalmente, dedica la mayor parte de su presentación directa a la impugnación de la sentencia de fs. 35/43 vta., que no es objeto de este recurso, con lo que tampoco consigue desacreditar lo considerado por la Cámara para decidir como lo hizo.

3. Por estas razones, voto por rechazar el recurso de queja intentado y dar por perdido el depósito (art. 35 de la ley 402).

El juez Luis F. Lozano dijo:

Adhiero al voto de la señora jueza de trámite, Dra. Alicia E. C. Ruiz.

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

Compartimos el voto de la señora jueza de trámite, Alicia E. C. Ruiz, y —también— los fundamentos expuestos por el señor fiscal general adjunto en su dictamen (fs. 79/81). Al incumplimiento de los requisitos formales exigibles para fundar esta presentación directa señalado por la señora jueza preopinante se suma la omisión del recurrente de acompañar las copias de las piezas procesales a las que pretende otorgar significancia en su queja, lo que le resta la autosuficiencia con la que debió ser dotada.

Finalmente, debe remarcarse que este Tribunal no puede encarar la revisión integral de todo lo actuado como lo pretende el recurrente, oficiando como una instancia ordinaria más en el proceso judicial de faltas, ni puede adentrarse en el análisis de planteos que sólo sirven para dejar expuesto su desacuerdo con la valoración que las instancias anteriores han efectuado sobre cuestiones de hecho y prueba, o con la interpretación y aplicación del derecho infraconstitucional que los magistrados intervinientes han hecho en el ámbito de su incumbencia. El disenso puesto de resalto por el quejoso parece, sin lugar a dudas, comprensible, pero no habilita la vía de excepción pretendida.

Así lo votamos.

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. 68/75.

2º. *Dar* por perdido el depósito cuya constancia de integración está agregada a fs. 67.

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

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

LXXXV

"FISCALÍA ANTE LA CÁMARA EN LO PENAL, CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 2 S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'ZELASCHI, MARIANA BEATRIZ S/INFR. ART(S). 181 INC. 1º, USURPACIÓN (DESPOJO) C.P. (P/LEY 2303)'"

RECURSO DE QUEJA: Presentación extemporánea.

SUMARIO:

1. Debe rechazarse el recurso de queja si el escrito fue presentado pasadas las dos primeras horas hábiles del sexto día posterior a la notificación del auto recurrido en queja. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, Ana María Conde y José O. Casás).*

Expte. SAPCyF n° 6885/09 - 29/4/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La señora fiscal ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 29/36) contra la decisión de ese Tribunal que revocó la resolución de primera instancia —de fecha 23/6/2009— que, por su parte, no había hecho lugar a la suspensión del proceso a prueba solicitada por el imputado.

2. Denegada la concesión del recurso por el tribunal de alzada, la fiscal presentó ante el Tribunal el recurso de queja de fs. 65/73.

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

El recurso de queja presentado por la señora fiscal de Cámara no fue deducido —a diferencia de lo sostenido por el fiscal general adjunto a fs. 77/82— en tiempo oportuno (art. 33, ley 402), razón por la cual no podrá prosperar.

En efecto, de las constancias agregadas a la causa surge que la señora fiscal de Cámara fue notificada de la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad el día 18/11/2009 (fs. 64 vta.), de manera tal que el plazo de cinco días previsto por el art. 33, primer párrafo, de la ley 402 para la interposición de la queja vencía el día 25/11/2009, sin perjuicio de que la presentación pudiera ser efectuada dentro de las dos primeras horas hábiles judiciales (hasta las 11:00 horas) del día 26/11/2009 (art. 69, CPP CABA, aplicable según art. 2º, ley 402). Sin embargo, el

recurso de queja fue interpuesto ante este Tribunal después de vencido dicho plazo: el 26/11/2009, a las 13:12 horas (véase cargo de fs. 73).

Se constata, entonces, que el escrito fue presentado pasadas las dos primeras horas hábiles del sexto día posterior a la notificación del auto recurrido en queja.

Por las razones expuestas, voto por rechazar la queja interpuesta a fs. 65/73.

Los jueces Alicia E. C. Ruiz, Ana María Conde y José O. Casás dijeron:

Adherimos al voto del señor juez de trámite, Dr. Luis F. Lozano,

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. 65/73.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan estas actuaciones a la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

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

LXXXVI

"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: 'SERRANO, LÍA VERÓNICA S/INFR. ART(S). 111, CC'"

Expte. SAPCyF n° 7105/10 - 29/4/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La jueza de primera instancia hizo lugar al pedido de suspensión del proceso a prueba efectuado por la defensa (fs. 47/50), a pesar de la oposición expresa del representante del Ministerio Público Fiscal. Apelada esa decisión por la señora fiscal, la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas confirmó la resolución recurrida (fs. 27/32). Contra esa decisión el señor fiscal interpuso, ante la Cámara, recurso de inconstitucionalidad (fs. 17/26) que, al ser denegado (fs. 1/3), motivó la presentación de la queja agregada a fs. 59/69.

2. El señor fiscal general adjunto, al contestar la vista conferida, desistió del recurso interpuesto "…a fin de evitar un dispendio jurisdiccional innecesario", debido a que, a su entender, la queja intentada sería rechazada por falta de legitimación del recurrente, en virtud de la doctrina sentada por el Tribunal en la causa análoga caratulada "Ybarra, Luis Antonio" (fs. 73).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

En virtud de lo estipulado en el art. 29, inc. 3º, de la ley 1903, corresponde tener por desistido el recurso de queja agregado a fs. 59/69.

Los jueces Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás dijeron:

Adherimos al voto del señor juez de trámite, Dr. Luis F. Lozano.

La jueza Ana María Conde dijo:

Más allá del criterio sostenido por la mayoría del Tribunal en torno a la falta de legitimación del MPF para recurrir ante este Tribunal en causas contravencionales ("Ybarra"), adhiero a la solución que propone el señor juez de trámite, Luis F. Lozano, pues conduce a igual resultado al tornar innecesaria la intervención de este Tribunal.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Tener* por desistido el recurso de queja agregado a fs. 59/69.

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

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

LXXXVII

"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: 'PERICHÓN, MARÍA EUGENIA S/INFR. ART(S). 111, CC'"

Expte. SAPCyF n° 7115/10 - 29/4/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El juez de primera instancia hizo lugar al pedido de suspensión del proceso a prueba efectuado por la defensa (fs. 1), a pesar de la oposición expresa del representante del Ministerio Público Fiscal. Apelada esa decisión por el fiscal, la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas confirmó, por mayoría, la resolución recurrida (fs. 5/10). Contra esa decisión el señor fiscal interpuso, ante la Cámara, recurso de inconstitucionalidad (fs. 11/21) que, al ser denegado (fs. 36/38), motivó la presentación de la queja agregada a fs. 40/51.

2. El señor fiscal general adjunto, al contestar la vista conferida, desistió del recurso interpuesto, "…a fin de evitar un dispendio jurisdiccional innecesario", debido a que, a su entender, la queja intentada sería rechazada por falta de legitimación del recurrente, en virtud de la doctrina sentada por el Tribunal en la causa análoga caratulada "Ybarra, Luis Antonio" (fs. 55).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

En atención a los argumentos expuestos por el señor fiscal general adjunto en su dictamen, y de acuerdo a lo establecido en el art. 29, inc. 3º, de la ley 1903, corresponde tener por desistido el recurso de queja agregado a fs. 40/51.

Así lo voto.

Los jueces Alicia E. C. Ruiz y Luis F. Lozano dijeron:

Adherimos al voto del señor juez de trámite, Dr. José O. Casás.

La jueza Ana María Conde dijo:

Más allá del criterio sostenido por la mayoría del Tribunal en torno a la falta de legitimación del MPF para recurrir ante este Tribunal en causas contravencionales ("Ybarra"), adhiero a la solución que propone el señor juez de trámite, José O. Casás, pues conduce a igual resultado al tornar innecesaria la intervención de este Tribunal.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Tener* por desistido el recurso de queja agregado a fs. 40/51.

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

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

LXXXVIII

"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: 'MURTHAG, SANTIAGO S/ART. 111, CC. CONDUCIR EN ESTADO DE EBRIEDAD O BAJO LOS EFECTOS DE ESTUPEFACIENTES'"

RECURSO DE QUEJA: Desistimiento. Suspensión del proceso a prueba.

Expte. SAPCyF n° 7124/10 - 29/4/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El juez de primera instancia hizo lugar al pedido de suspensión del proceso a prueba efectuado por la defensa (fs. 43/47), a pesar de la oposición expresa del representante del Ministerio Público Fiscal. Apelada esa decisión por la señora fiscal, la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas confirmó la resolución recurrida (fs. 26/29). Contra esa decisión el señor fiscal interpuso, ante la Cámara, recurso de inconstitucionalidad (fs. 16/25) que, al ser denegado (fs. 1/4), motivó la presentación de la queja agregada a fs. 56/66.

2. El señor fiscal general adjunto, al contestar la vista conferida, desistió del recurso interpuesto "…a fin de evitar un dispendio jurisdiccional innecesario", debido a que, a su entender, la queja intentada sería rechazada por falta de legitimación del recurrente, en virtud de la doctrina sentada por el Tribunal en la causa análoga caratulada "Ybarra, Luis Antonio" (fs. 70).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

En virtud de lo estipulado en el art. 29, inc. 3º, de la ley 1903, corresponde tener por desistido el recurso de queja agregado a fs. 56/66.

Los jueces Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás dijeron:

Adherimos al voto del señor juez de trámite, Dr. Luis F. Lozano.

La jueza Ana María Conde dijo:

Más allá del criterio sostenido por la mayoría del Tribunal en torno a la falta de legitimación del MPF para recurrir ante este Tribunal en causas contravencio-

nales (“Ybarra”), adhiero a la solución que propone el señor juez de trámite, Luis F. Lozano, pues conduce a igual resultado al tornar innecesaria la intervención de este Tribunal.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Tener* por desistido el recurso de queja agregado a fs. 56/66.

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

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

LXXXIX

“MINISTERIO PÚBLICO —ASESORÍA TUTELAR DE PRIMERA INSTANCIA CON COMPETENCIA EN LO PENAL, CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: ‘ASESORÍA TUTELAR S/*HABEAS CORPUS* —RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD’”

RECURSO DE QUEJA.
RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD:
Caso constitucional. *HABEAS CORPUS*.

SUMARIOS:

1. El recurrente ha logrado exponer una cuestión constitucional, al confrontar de modo concreto y suficiente las decisiones de los jueces de la causa con el debido proceso legal (arts. 18, C.N. y 13.3, CCBA) y dar cuenta de las defensas que no pudo ejercer a raíz del trámite dado a su presentación, a partir de una alegada alteración de las reglas procesales del *habeas corpus. (Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde, Luis F. Lozano y Alicia E. C. Ruiz).*

2. El trámite pretorianamente asignado al proceso dirigido a acreditar si se encuentran alojados en hospitales de atención psiquiátrica del Gobierno de la Ciudad, menores de edad que hayan sido dados de alta o estén en condiciones de hacerlo y en caso afirmativo, a disposición de qué organismo o autoridad administrativa o judicial se encuentran, la negativa infundada a producir la prueba requerida y la falta de audiencia afectaron en este caso, de particular trascendencia en razón de

los sujetos involucrados, el debido proceso legal y el derecho de defensa en juicio. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde, Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. SAPCyF n° 6938/09 - 29/4/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La señora asesora general tutelar hizo saber al señor asesor tutelar de primera instancia ante la justicia Penal, Contravencional y de Faltas que "en hospitales de atención psiquiátrica del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, en particular en el Hospital Infanto Juvenil "Dra. Carolina Tobar García" y el Hospital de Emergencias Psiquiátricas "Torcuato de Alvear", se encuentran internadas personas menores de edad quienes, a pesar de contar con el alta médica de internación, no pueden egresar por su propia voluntad (...) lo cual se constituye en una privación de su derecho a la libertad"; y le requirió "que tome urgente intervención a fin de interponer las acciones que corresponda para que el GCBA cese en privar ilegítimamente de la libertad a los niños, niñas y adolescentes actualmente alojados con alta médica de internación en Hospitales Psiquiátricos del GCBA" (fs. 2).

El asesor tutelar, Dr. Carlos Bigalli, planteó ante la justicia en lo Penal Contravencional y de Faltas un *habeas corpus* a favor "de todas las personas menores de dieciocho años de edad internados en hospitales de atención psiquiátrica del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires pese a contar con alta médica" (fs. 1). Adjuntó copia de dos actas que daban cuenta de la existencia de ocho personas en esa situación en los hospitales "Tobar García" y "Alvear" (fs. 3/4).

La jueza de primera instancia, tras practicar ciertas medidas de prueba, desestimó el *habeas corpus* pues en los hospitales mencionados no había menores internados que contaran con alta médica, y los que se encontraban en condiciones de ser dados de alta estaban a disposición de diferentes autoridades judiciales y su proceso de internación y externación, controlado por los organismos designados al efecto. Sostuvo, en suma, que "la situación planteada no encuadra en los supuestos del art. 3º de la ley 23.098 ni en ninguna otra disposición del mismo cuerpo legal" (fs. 23/25 vta.).

2. La causa fue elevada en consulta a la Cámara de Apelaciones del fuero. La Sala I señaló que "el presentante no arbitró los medios necesarios para confirmar si efectivamente se daba aquella situación [permanecer detenidos pese al alta médica], ni solicitó los informes pertinentes para asegurarse que se daban los supuestos previstos por la ley a los fines de presentar esta acción de *habeas corpus*" (fs. 28 vta., punto III primer párrafo; concepto reiterado con mayor extensión a

fs. 29). Agregó que no se verificaba en el caso ninguno de los supuestos previstos en los arts. 17, inc. 9º, y 49 de la LMP que autorizan la intervención de la Asesoría Tutelar. Cuestionó que se hubiera iniciado el proceso de *habeas corpus* cuando la Asesora General Tutelar había promovido un amparo ante el fuero en lo CAyT por las razones aquí invocadas y ante circunstancias similares.

Los jueces señalaron que la externación presenta, en la ley 448, diversas variantes; que el otorgamiento del alta médica no configura, de inmediato, la privación ilegal de la libertad "cada segundo posterior"; que en caso de internación por decisión judicial, la externación debe ser dispuesta por el juez interviniente; que el *habeas corpus* no autoriza a sustituir a los jueces de la causa en las decisiones que les incumben.

Los jueces Vázquez y Sáez Capel consideraron, además, que la conducta procesal del asesor tutelar que promovió el proceso debía "ser analizada bajo el prisma de los arts. 26 de la ley 1903 y 24 de la ley 23.098", para lo cual ordenaron la formación de un incidente.

3. El señor asesor tutelar interpuso recurso de inconstitucionalidad contra esa sentencia (fs. 33/52). Sostuvo que "si la Cámara de Apelaciones después de analizar los informes de las autoridades públicas involucradas constató que no todos los internos de los hospitales se hallaban alojados en el marco de una situación de necesidad vinculada a un cuadro patológico, y aun así calificó de inadmisible la denuncia con sustento en la inexistencia de un supuesto de privación de libertad, lo resuelto no puede significar otra cosa que una restricción injustificable respecto de un grupo de personas, del ejercicio de la garantía constitucional que protege la libertad de locomoción (art. 18, C.N.). En otros términos, la decisión del *a quo* implica la negación de una garantía constitucional sin una explicación suficiente, y un desprecio por un derecho constitucional básico que no puede ser recortado arbitrariamente a ninguna persona, independientemente del estado de salud en que se encuentre" (fs. 39 y vta.).

Cuestionó, además, la negativa de la Cámara de dar curso al *habeas corpus* sobre la base de que tienen intervención otras autoridades judiciales en relación a cada uno de los menores, ya que ello "restringió de manera inexplicada el alcance que tiene esta acción extraordinaria en la CCBA, curso de acción que le estaba absolutamente proscripto (art. 10, CCBA)" (fs. 43 vta.). Situación aún más grave si no existen jueces interviniendo en el control de las internaciones como, sostuvo, es el caso de Gustavo Acosta y Lucas Acuña (ibídem).

Se agravió también el señor asesor tutelar por la violación a las reglas del debido proceso, ya que se dio trámite inicial a la acción —lo que impedía entonces considerarlo inadmisible— y luego de recibidos ciertos informes se la desestimó *in limine*. Además, el trámite impreso dejó de lado la producción de ciertas pruebas ofrecidas por el denunciante (inspección judicial en el nosocomio, copias de historias clínicas, nómina de personas internadas con alta médica de internación, etc.) y omitió la realización de la audiencia. Tal situación afectó el derecho de defensa y el derecho a la tutela judicial efectiva de las personas menores de edad. Refirió que la

producción de la prueba ofrecida o la realización de la audiencia hubiera permitido advertir que varios niños, niñas y adolescentes "se hallaban con alta médica de internación": Sebastián Aguerre, Aurora Salteño, Gisell Villaroel, Nicolás Solari, Jonás Miguel Ángel Cardozo, Isabel Beatriz Meza y María Celeste Barraza. También tachó de arbitraria a la sentencia pues contiene una contradicción insuperable: se le indica que no probó lo alegado pero no se produjo la prueba que ofreciera.

Censuró también que la Cámara ordenara que se forme una investigación disciplinaria sobre el denunciante, ya que esa facultad no está abarcada en el mecanismo de consulta del art. 10, ley 23.098.

Planteó, finalmente, la existencia de gravedad institucional ante la presencia de una práctica ostensiblemente ilegal en el servicio de salud que tiene como objeto de su proceder a un grupo indeterminado de niños y jóvenes. El asesor tutelar recordó que la denuncia procuró amparar a todas las personas menores de 18 años de edad ilegítimamente privadas de su libertad en los hospitales Alvear y Tobar García cuando por disposición de los médicos la intervención debía cesar. La probabilidad de que estas prácticas se repitan en casos futuros "amerita, en honor al carácter preventivo de la denuncia interpuesta, que la respuesta proscriptiva sea brindada por los jueces locales y en el ámbito de una acción colectiva" (fs. 51).

Al contestar el traslado del recurso, la señora fiscal de Cámara consideró que debía concederse parcialmente el recurso en relación con los agravios referidos al derecho de defensa, debido proceso, tutela judicial efectiva y arbitrariedad de la sentencia en la valoración de la prueba. Centralmente consideró que no se escuchó a las partes ni se produjo la prueba ofrecida, desvirtuándose el trámite de la ley de *habeas corpus* (fs. 70/72).

La Sala I denegó la concesión del recurso por considerar que no se planteaba un caso constitucional (fs. 73/77).

4. El señor asesor tutelar interpuso ante el Tribunal el recurso de queja contra la denegatoria (fs. 79/96 vta.). El fiscal general adjunto propició el rechazo de la queja por las mismas razones que las brindadas por el *a quo* (fs. 103/105).

5. El señor juez de trámite dispuso correr vista de las actuaciones a la señora asesora general tutelar en los términos del art. 46, incs. 1º y 2º, ley 1903 (fs. 107), quien mantuvo el recurso de queja interpuesto por el señor asesor tutelar de primera instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas (fs. 108/109).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. La queja del señor asesor tutelar ha sido interpuesta en legal tiempo y forma (conf. art. 33 de la ley 402) y expone una crítica concreta y desarrollada que logra poner parcialmente en crisis el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad que en copia se agregó a fs. 33/52.

De acuerdo al relato expuesto en la queja, luego de solicitar a las autoridades administrativas denunciadas un informe relacionado con el objeto del *habeas corpus* iniciado y de ordenar, además, la producción de ciertas medidas de prueba, la jueza de la causa —con base en las previsiones del art. 10 de la ley 23.098— desestimó la presentación sin producir la prueba requerida por el accionante, ni brindarle alguna posibilidad para confrontar y alegar en audiencia (arts. 14 y concs., ley 23.098) en torno a las constancias probatorias recabadas por la magistrada y en cuya ponderación se basó finalmente el rechazo del planteo efectuado.

En este aspecto, el recurrente ha logrado exponer una cuestión constitucional, al confrontar de modo concreto y suficiente las decisiones de los jueces de la causa con el debido proceso legal (arts. 18, C.N. y 13.3, CCBA) y dar cuenta de las defensas que no pudo ejercer a raíz del trámite dado a su presentación, a partir de una alegada alteración de las reglas procesales del habeas corpus (conf. fs. 84 vta./88).

Por lo tanto, por este motivo, corresponde hacer lugar al recurso de hecho deducido.

2. También le asiste razón al recurrente en el fondo de la cuestión traída a estudio de este Tribunal cuando critica la sentencia de Cámara en su recurso de inconstitucionalidad en torno al punto expuesto precedentemente. Como se verá, aquella decisión convalidó la actuación de la jueza de primera instancia que dio al proceso un trámite por fuera del curso legal que impactó directamente sobre la eficacia protectoria eminente que la Constitución local ha querido asignar a esta garantía. En síntesis: las innovaciones pretorianas efectuadas en el caso no ampliaron las pautas mínimas diseñadas por la ley para brindar tutela a los derechos, sino que restringieron las posibilidades que la ley asigna a los accionantes para obtener una decisión justa.

La decisión de la jueza de primera instancia desestimó la demanda de *habeas corpus* luego de haber requerido informes a los organismos estatales denunciados y solicitado, a su vez, información en forma telefónica a los hospitales de Emergencias Psiquiátricas "Torcuato de Alvear" e Infanto Juvenil "C. Tobar García"; información que consideró apropiado obtener para acreditar "si se encuentran alojados menores de edad que hayan sido dados de alta o estén en condiciones de hacerlo y en caso afirmativo, a disposición de qué organismo o autoridad administrativa o judicial se encuentran " (*sic*, fs. 5 y 8, causa 39506-00-00/09 del Juzgado Nº 29 PCyF). De esta manera, en forma implícita, hizo lugar sólo parcialmente al requerimiento de informes efectuado en el pedido de *habeas corpus* formulado por el señor asesor tutelar, sin exponer en momento alguno las razones por las que se descartó la producción de la prueba en la forma ofrecida por el denunciante e impidió, también sin fundamentación expresa, la realización de las siguientes etapas del proceso en las cuales el accionante hubiera podido controlar esa prueba, producir las demás que él había ofrecido —o recibir respuesta en torno a los motivos por los que su

producción se consideraba inútil o impertinente (art. 15, ley 23.098)— y lograr, en definitiva, que se acreditase en la causa la existencia o inexistencia de una orden válidamente dictada por una autoridad pública que diera lugar a la internación de los menores de edad por los que reclama y la situación particular de todos y cada uno de los jóvenes que pudieran encontrarse incluidos en la descripción del colectivo efectuada por el señor asesor tutelar al promover el *habeas corpus*. En síntesis, el trámite pretorianamente asignado al proceso, la negativa infundada a producir la prueba requerida y la falta de audiencia afectaron en este caso, de particular trascendencia en razón de los sujetos involucrados, el debido proceso legal y el derecho de defensa en juicio.

En otras palabras, abierta la actividad instructora por la jueza, no era posible ya —de acuerdo con la ley aplicable— declarar inadmisible la denuncia por no encuadrar en los supuestos de admisibilidad de esta vía de acuerdo a las previsiones del art. 10 de la ley 23.098. Máxime cuando, en rigor, dicha decisión no se basó en un análisis preliminar de los términos de la denuncia efectuada por el asesor tutelar, sino en la valoración de elementos considerados probatorios, producidos a instancias de la jueza sin el control del denunciante.

En efecto, ambas decisiones —la de primera y segunda instancia— se basan, sintéticamente, en las siguientes afirmaciones: que "todos los menores internados en los nosocomios de mención se encuentran a disposición de distintos magistrados o funcionarios"; "que ninguno de los menores se encuentra dado de alta y alojado indebidamente en los nosocomios mencionados" —fs. 24 vta./25—; que "no existe carencia de representación legal ni se han demostrado deficiencias u omisiones de los jueces nacionales o provinciales a cuyo cargo se encuentran", y que "de las constancias se desprende que los ocho menores respecto de los cuales se denuncia la 'restricción de la libertad ambulatoria' no se encuentran, como afirma el asesor tutelar, dados de alta médica" —fs. 29 vta./30—. Así, las decisiones que se cuestionan encontraron fundamento en la valoración de los elementos de prueba colectados durante el procedimiento. Se trata de un informe elaborado por los organismos denunciados —uno a fs. 14/17 y el otro, casi idéntico, a fs. 18/22— y de la constancia de una comunicación telefónica realizada por la secretaria del Juzgado de Primera Instancia quien, de más está decir, sólo pudo dar fe de haberse comunicado telefónicamente con quienes manifestaron ser una enfermera asistencial del Hospital de Emergencias Psiquiátricas "Torcuato de Alvear" y la Jefa de Guardia del Hospital Infanto Juvenil "C. Tobar García". Aquellas personas le transmitieron ciertos datos que, por lo demás, parecen en principio no coincidir exactamente con los que surgen de otros informes elaborados por médicos de dichas instituciones, aportados por el asesor tutelar al presentar su recurso de inconstitucionalidad (fs. 8/9 y 84/98 de la causa 39.506-00/09).

En el contexto ya reseñado, los escasos elementos probatorios acumulados por la jueza de la causa —reitero, sin posibilidad alguna de control y valoración por parte del accionante— dan cuenta de lo prematuro de la decisión adoptada y

de la necesidad de colectar mayores elementos probatorios a valorar por las partes en la audiencia legalmente prevista a tales efectos; por lo tanto considero que el procedimiento deberá reeditarse ante un nuevo juez, de acuerdo a las consideraciones aquí expuestas.

3. Cabe resaltar que entiendo que la solución propuesta en el punto que antecede es procedente sin perjuicio de que la adecuada atención de los intereses que se denuncian conculcados deban o no ser finalmente respondidos y resueltos por esta vía o por otra, que pueda considerarse más atendible, en esta u otra jurisdicción y sin que lo aquí afirmado importe desconocer que, como lo tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en principio, el *habeas corpus* no autoriza a sustituir a los jueces propios de la causa en las decisiones que les incumben (*Fallos*, 317:916), más allá de que los mismos pudieran en razón del fuero al que pertenecen ser, en el caso, magistrados de la justicia nacional.

4. La reedición de este procedimiento dará lugar al señor asesor tutelar para expresarse respecto de las demás cuestiones —vinculadas con la valoración de la prueba, la interpretación de los alcances de la acción incoada y de los derechos involucrados en el caso— con lo que no corresponde expedirse en esta instancia respecto de los restantes agravios presentados en la queja.

Por último, debo señalar que a pesar de la diligencia que este tipo de acción demanda por su particular naturaleza, las cuestiones que el recurrente ha reclamado exigen una actividad jurisdiccional (de producción y valoración de prueba) cuya realización excede la competencia de este Tribunal e impediría, además, el eventual ejercicio del derecho al recurso de apelación ordinario que la ley establece para el caso (arts. 19 y ss., ley 23.098).

5. Finalmente, en cuanto al planteo que se formula en torno a la decisión de la Cámara que dispuso "extraer los testimonios pertinentes a fin de formar incidente en los términos de los arts. 26 de la ley 1903 y 24 de la ley 23.098" (punto II de la sentencia de fs. 23/30), entiendo que su consideración, más allá del acierto o error del criterio adoptado por el tribunal *a quo*, excede el marco cognoscitivo propio del recurso de inconstitucionalidad (arts. 113, inc. 3º, CCBA y 27, ley 402), en tanto lo que se controvierte es una medida preparatoria orientada a instar el ejercicio de competencias disciplinarias ajenas al Tribunal, con lo cual resolver lo peticionado en esta instancia, además, se traduciría en una indebida interferencia en las atribuciones que, en todo caso, le correspondería ejercer a otros órganos del Poder Judicial de la Ciudad mediante los procedimientos reglados que existen a tales efectos, trámites administrativos que admiten instancias revisoras de las resoluciones que eventualmente allí se dispongan.

6. Por todo lo expuesto, voto por: *a)* hacer lugar parcialmente al recurso de queja interpuesto por el señor asesor tutelar, doctor Bigalli, en cuanto al agravio relativo a la vulneración del debido proceso legal y el derecho de defensa en juicio

en el caso; *b)* hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad en cuanto al punto por el que se admitió la queja y dejar sin efecto la resolución de la Sala I, CPCyF y la de la señora jueza de primera instancia que desestimó el *habeas corpus* colectivo interpuesto por el doctor Bigalli; *c)* remitir las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas para que, por las instancias de mérito pertinentes y con la intervención de jueces distintos a los que dictaron las decisiones aquí revocadas, se dé trámite y se resuelva el *habeas corpus* con arreglo al alcance de los fundamentos brindados en esta sentencia.

Así lo voto.

Los jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano dijeron:

Adherimos al voto del señor juez de trámite, Dr. José O. Casás.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Adhiero a la solución propuesta por el señor juez de trámite, en virtud de los argumentos que desarrolla en los puntos 1, 2, 4, 5 y 6 de su voto, a los que me remito por razones de brevedad. Así lo voto.

Por ello, emitido el dictamen del señor fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* parcialmente a la queja interpuesta por el señor asesor tutelar, Dr. Bigalli, en cuanto al agravio relativo a la vulneración del debido proceso legal y el derecho de defensa en juicio.

2º. *Hacer lugar* parcialmente al recurso de inconstitucionalidad en cuanto al punto por el que se admitió la queja.

3º. *Dejar* sin efecto la resolución de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, de fecha 5/9/2009, y la de la señora jueza de primera instancia, del 4/9/2009, que desestimó el *habeas corpus* colectivo interpuesto por el doctor Bigalli.

4º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas para que, por las instancias de mérito pertinentes y con la intervención de jueces distintos a los que dictaron las decisiones aquí revocadas, se dé trámite y se resuelva el *habeas corpus* con arreglo al alcance de los fundamentos brindados en esta sentencia.

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

XC

"MINISTERIO PÚBLICO —FISCALÍA ANTE LA CÁMARA CON COMPETENCIA EN LO PENAL, CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 1— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'PAZOS, JUAN CARLOS S/INFR. ART(S). 111, CC'"

RECURSO DE QUEJA.
MINISTERIO PÚBLICO FISCAL: Facultades. Irretroactividad de la ley.

SUMARIOS:

1. La decisión impugnada mediante recurso de inconstitucionalidad fue dictada por la Cámara cuando regía el art. 53 de la ley 12 en su redacción originaria, norma que no concedía recurso a la Fiscalía, por lo tanto la resolución no era impugnable para el Ministerio Público Fiscal, y dado que las leyes siempre rigen para el futuro y la ley 3382 no dispuso su aplicación a decisiones dictadas y notificadas con anterioridad a su entrada en vigencia, corresponde rechazar el recurso de queja. *(Voto del señor juez José O. Casás. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. El art. 53 de la ley 12, como regla general, no concedía 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 LOPJ), ya que de la letra de ese artículo surgía claramente que el único habilitado era el contraventor. *(Voto del señor juez José O. Casás. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. Las leyes rigen siempre para el futuro y la ley 3382 no dispuso su aplicación a decisiones dictadas y notificadas con anterioridad a su entrada en vigencia, por lo que la legitimación procesal del recurrente debe ser analizada a la luz de la redacción original del art. 53 de la ley 12. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

4. La ley procesal vigente al momento de la notificación de la resolución que motivó la interposición del recurso de inconstitucionalidad (art. 53, ley 12) sólo habilitaba la vía recursiva al contraventor, por lo que la posterior modificación de la norma no habilita en autos recurso alguno en favor del señor fiscal, lo que determina el rechazo de la presente queja. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

5. El recurso de inconstitucionalidad ha sido interpuesto en tiempo oportuno y por quien está legitimado para hacerlo, y aun en el supuesto de que no se hubiese sancionado la ley 3382, norma de aplicación inmediata atento su carácter procesal, el Ministerio Público Fiscal cuenta con legitimación para interponer el mencionado recurso, en supuestos como el presente. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

6. Corresponde otorgar a la interposición de la queja el efecto suspensivo que solicita el fiscal general adjunto porque, la Fiscalía ha invocado razones suficientes para tener por mal denegado el recurso de inconstitucionalidad y la declaración de

admisibilidad de dicho remedio procesal conlleva los efectos suspensivos que el recurrente solicita. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. SAPCyF nº 7135/10 - 29/4/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El titular de la Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1 interpuso queja (fs. 50/59 vta.) contra el auto que denegó (fs. 1/3 vta.) el recurso de inconstitucionalidad deducido el 1º de febrero de 2010 (conf. fs. 17). Ese remedio procesal ataca la decisión de la Sala II que confirmó, por mayoría, la suspensión del proceso a prueba decidida en primera instancia, pese a la oposición de la Fiscalía, a favor del Sr. Juan Carlos Pazos, la que le fue notificada a la Fiscalía recurrente el 15 de diciembre de 2009 (conf. fs. 33 vta.).

2. Luego, la Fiscalía General Adjunta solicitó al Tribunal, entre otros, que "…disponga el efecto suspensivo de la queja" (fs. 68/68vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

El recurso de inconstitucionalidad de fs. 17/27 ha sido interpuesto en tiempo oportuno y por quien está legitimado para hacerlo. Primeramente, cabe señalar que, a mi criterio, aun en el supuesto de que no se hubiese sancionado la ley 3382, norma de aplicación inmediata atento su carácter procesal (*Fallos*, 326:2095; 323:1285; 220:30,[4] entre muchos otros), el Ministerio Público Fiscal cuenta con legitimación para interponer el mencionado recurso, en supuestos como el que acá nos ocupa (conf. mis votos *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: 'Sacaca, Benito Gabriel s/infr. art. 111, CC —conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes—'", expte. nº 6235/08, sentencia de este Tribunal del 29 de abril de 2009; y "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—'", expte. nº 6247/08, sentencia de este Tribunal

[4] En este orden de ideas, la CSJN ha señalado que "…las leyes que organizan los procedimientos son de inmediato aplicables a los juicios en trámite, en tanto no se invaliden actuaciones cumplidas con arreglo a las leyes anteriores…".

del 29/4/2009). Sin perjuicio de la aplicación inmediata a la que hice referencia, entiendo que, en el caso, la reducción del plazo para interponer el remedio procesal mencionado previsto en la nueva ley no puede tornar imposible su utilización por parte del recurrente, sobre la base de interpretar que, al tiempo de la entrada en vigencia de la norma, habrían transcurrido los cinco días allí previstos. Ello así, toda vez que el representante del Ministerio Público Fiscal interpuso el recurso de inconstitucionalidad el 1º de febrero de 2010 a las 10.30 hs (conf. fs. 17), esto es, dentro de las dos primeras horas del primer día hábil judicial posterior a la entrada en vigencia de la ley 3382, es decir, lo hizo con la mayor diligencia que podría haberle sido exigida.

Sentado lo que antecede, entiendo corresponde otorgar a la interposición de la queja el efecto suspensivo que solicita el fiscal general adjunto a fs. 68/68 vta. Ello así, porque, a mi juicio, la Fiscalía ha invocado razones suficientes para tener por mal denegado el recurso de inconstitucionalidad y la declaración de admisibilidad de dicho remedio procesal conlleva los efectos suspensivos que el recurrente solicita.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. La convocatoria al acuerdo dispuesta por el colega de trámite, Luis Lozano, aun cuando fue resuelta a fin de decidir únicamente sobre el "efecto suspensivo" peticionado por el señor fiscal general adjunto, implícitamente me obliga a dejar expuesta mi opinión sobre varias cuestiones primordiales:

1.1. ¿Cuál es el plazo que tienen "las partes" para deducir el recurso de inconstitucionalidad de acuerdo a la actual redacción del art. 53 de la ley 12 (recientemente modificado por la ley 3382)?

Por razones prácticas, metodológicas y expositivas conviene hacer un breve relato histórico de los problemas que suscitó —en la jurisprudencia del Tribunal— la redacción original del citado art. 53 de la ley 12, en cuanto establecía que "[d]entro de los cinco (5) días de la sentencia definitiva, el contraventor podrá interponer fundadamente ante el Tribunal Superior de Justicia los recursos previstos en los incs. 4º y 5º del art. 26 de la LOPJ" (no destacado en el original).

En el precedente "Benegas" (18/3/1999) el Tribunal debió interpretar tal artículo —o, mejor dicho, reescribirlo— con respecto a la cuestión referida al lugar de presentación del recurso de inconstitucionalidad, en tanto no debía ser interpuesto directamente "ante" estos estrados —como lo había hecho la Defensora del contraventor—, sino ante el Tribunal *a quo*. Ello así, porque no se advertía que el legislador local hubiese querido innovar o alterar la "regla general" en materia de recursos de carácter restringido o excepcional, según la cual el análisis preliminar de admisibilidad le incumbe al Tribunal que dictó la resolución impugnada. Con dicha interpretación buscamos dejar a salvo la eficacia y el sentido propio de la queja (también denominado: recurso directo o de hecho) que la norma menciona al referirse al inc. "5º del art. 26 de la ley [nº 7]" (concordante —además— con el

art. 113.4 de la CCBA), sentido que hubiese sido cuanto menos dudoso o incierto si ambos recursos debían presentarse "ante el Tribunal Superior de Justicia".

En el precedente "Rodríguez y Ball" (22/10/99) el Tribunal, frente a un recurso interpuesto por el fiscal ante la Cámara, consideró que el Ministerio Público Fiscal no tenía legitimación procesal para acudir en queja ante este estrado porque la norma aplicable, en su redacción original, sólo facultaba al "contraventor" para hacerlo. Esa postura fue invariablemente reiterada por la mayoría del Tribunal —en numerosas sentencias y hasta la fecha—, cuando los fiscales pretendieron continuar su acción persecutoria ante este Tribunal y sólo una vez se admitió su intervención en esta materia —con matices, por cierto— cuando se pretendió favorecer o beneficiar al único sujeto habilitado para recurrir la sentencia de la Cámara ("Pariasca", 5/9/2000).

En el precedente "Cruz" (10/07/02), años más tarde de que entrara en plena vigencia la Ley de Procedimientos ante el Tribunal (ley 402) y frente a una queja y un recurso de inconstitucionalidad incoados en los plazos que esa ley prevé —es decir, cinco y diez días, arts. 33 y 28, respectivamente—, debimos expedirnos nuevamente sobre la ausencia de legitimación procesal del Ministerio Público Fiscal. Al hacerlo recuerdo que, quienes integrábamos el Tribunal en ese entonces, entendimos que la "ley general" había normado aspectos tales como "formas, plazos y trámites" (voto del juez Maier —luego compartido por la jueza Ruiz, en el caso "Prodán", 16/7/2002) o "allí donde no había pauta adjetiva o donde la preexistente debía, a criterio del legislador, ser modificada" (voto de los jueces Conde, Casás y Muñoz) y, por lo tanto, la "ley especial" (a propósito de la ley 12) sólo permanecía en pie en cuanto al "cerramiento" de la legitimación de los sujetos procesales habilitados para presentarse ante este Tribunal.

Ahora bien, el legislador porteño ha resuelto modificar el fundamento legal en el cual se fundaba la interpretación restrictiva que mencionara en el párrafo anterior, pues la expresión "el contraventor" ha sido reemplazada por "las partes", con un claro propósito de eliminar "asimetrías" entre los sujetos procesales. En efecto, tal propósito surge expresamente de los fundamentos de la ley 3382, pues, luego de una "mera lectura de las disposiciones" en juego —omitiendo injustificadamente cualquier consideración o mención a la ley 402—, "malgrado puede requerirse al Ministerio Público Fiscal pueda velar adecuadamente por el interés social [art. 125, CCBA], si se le priva de la posibilidad de articular recursos y poder llevar la cuestión debatida hasta la máxima instancia judicial.// En efecto, la asimetría generada entre la posibilidad recursiva acordada a la defensa y al Ministerio Público Fiscal, no halla explicación alguna; máxime siendo que la normativa citada [esto es, presumiblemente, la ley 12] acuerda a la primera todas las garantías procesales para que se cumpla con el debido proceso legal adjetivo".

Más allá del acierto o error de la reforma efectuada, o de los intereses que la inspiraron, lo concreto es que el legislador ha mantenido la redacción original —con la excepción apuntada referida a la legitimación— que tantos inconvenientes interpretativos debió decidir y aclarar este Tribunal, a lo largo de los últimos once

años, mantenimiento que, por acción u omisión, vuelve a generar incertidumbre en lo que respecta al plazo y al lugar de interposición de los recursos que son de nuestra incumbencia. Ello así, porque ahora "las partes", inequívocamente habilitadas para acudir ante este estrado, según la lectura rigurosa del actual art. 53, nuevamente contarían con "cinco" (5) días para interponer fundadamente su recurso de inconstitucionalidad y deberían hacerlo directamente "ante el Tribunal". El confuso escenario en el que se ha colocado a "las partes" —en especial, al contraventor— me persuade acerca de la conveniencia de despejar toda duda sobre esta cuestión —aun cuando todavía no haya tomado conocimiento de ninguna controversia concreta—, a fin de resguardar el principio de la seguridad jurídica y con el objeto de evitar situaciones que potencialmente frustren o limiten derechos constitucionales.

Con respecto al lugar de presentación creo que resultan enteramente aplicables las consideraciones que, en su momento, efectuara el Tribunal en "Benegas" (ya citado); y en cuanto al plazo de interposición considero que la situación no ha variado, por lo cual continúa rigiendo el establecido en el art. 28 de la ley 402, esto es, diez días. De acuerdo a los principios generales del derecho en materia de interpretación de las leyes, ante una contradicción o superposición normativa con respecto al plazo (arts. 53 de ley 12 y 28 de la ley 402), si aplicara el criterio de especialidad (*lex especialis derogat legi generali*) o incluso el criterio cronológico (*lex posterior derogat legi priori*) debería concluir que corresponde estar a la actual redacción de la ley 12, pues ella primaría sobre la "ley general" y "anterior" (nº 402). Sin embargo, cualquiera que sea el método hermenéutico que elija utilizar, lo cierto es que la solución que adopte para resolver esta cuestión no puede prescindir de un análisis serio sobre la "voluntad del legislador". En este sentido, su intención fue suprimir la "asimetría" existente entre la defensa y la Fiscalía en cuanto a las facultades recursivas de esta última, pero, en rigor, terminó por generarla con respecto a la defensa —sin fundamento alguno y probablemente a partir de un examen parcializado e incompleto de la normativa en juego—, porque, de interpretar la cuestión de un modo riguroso o estricto, aquélla también se vería alcanzada por la reforma y ya no contaría con diez días para presentar su recurso de inconstitucionalidad, sino con un plazo menor. La adopción de esta solución resultaría, a mi criterio, irrazonable y lesiva de los derechos de una de "las partes" (el contraventor), porque:

- Se daría una injustificada e intolerable discriminación por materia, en tanto, en el contexto normativo vigente en la Ciudad, la persona imputada de una contravención tendría un plazo sensiblemente menor para interponer un recurso de inconstitucionalidad, que aquel que tendría quien es imputado de una falta administrativa (la ley 1217, LPF, nada regula sobre esta cuestión y debemos estar, al igual que ocurre en materia penal o en la contenciosa, a lo previsto de modo general en la ley 402 y en la CCBA). Ciertamente, el legislador tampoco parece haber dado argumentos sobre la conveniencia de que —sólo en las causas contravencionales— los plazos de interposición del recurso de inconstitucionalidad y de la queja

dirigida contra la denegación de tal recurso coincidan, coincidencia que no parece aconsejable si se entiende que, al margen de la materia de la que se trate, ambos tipos de impugnación reconocen finalidades, objetos y desarrollos argumentales diferenciados (véase entre muchos otros: "Fantuzzi", 9/4/2001).

- Se daría la inconcebible paradoja de que, al haber omitido actualizar lo referido al plazo de acuerdo a lo establecido en la "ley general", se habría colocado al contraventor en una peor situación que aquella otra en la cual se encontraba al amparo del conjunto de normas que regulaban dicha cuestión hasta el momento, circunstancia que importaría una manifiesta limitación de sus posibilidades defensivas, pues, bajo el pretexto de igualar a "las partes", habría terminado perjudicándolo doblemente: *i)* permitiendo que el Ministerio Público Fiscal recurra con el propósito de agravar su situación procesal en la "máxima instancia judicial" de la Ciudad; y, *ii)* reduciendo, subrepticiamente, su término para recurrir por esta vía extraordinaria local.
- Se daría una incoherencia más, porque lo relativo a los "trámites" del recurso de inconstitucionalidad no ha sido regulado por la "ley especial", sino por la "ley general", por lo cual la parte agraviada por la resolución del *a quo* tendría tan sólo cinco días para deducir fundadamente su recurso y la parte contraria, defensa o Fiscalía, contaría con diez días para contestar el traslado de aquél (art. 28, 2º párrafo, ley 402). En pocas palabras, el equilibrio o la simetría, a la que habría aspirado el legislador porteño, terminaría no siendo tal y, en rigor, la comúnmente denominada "igualdad de armas" se vería muy relativizada.

En conclusión, frente a las interpretaciones posibles, elijo aquella que respeta la "voluntad del legislador" sólo en cuanto consagra una legitimación bilateral, pero para todo lo demás, a mi juicio, continúa rigiendo la ley 402, porque esa es la exégesis más razonable, justa y que resuelve con equidad los intereses en juego de todos los actores involucrados con los procesos de esta naturaleza. Sostener que el legislador pudo, al reformar parcialmente el art. 53 de la ley 12, modificar la suerte del contraventor, sin hacerse cargo expresamente de esa situación, es, en mi concepto, contrario a derecho.

De lo dicho en los párrafos que anteceden se sigue que el recurso de inconstitucionalidad, que esta queja defiende, al haber sido interpuesto en el décimo día hábil (1º/2/2010) de conformidad con el art. 28 de la ley 402, es tempestivo. Superado este primer escollo, resta examinar, ahora, si el sujeto que defiende su procedencia podía habilitar la intervención de este Tribunal, en el caso concreto.

1.2. ¿La resolución del *a quo* que fue dictada y notificada a la Fiscalía bajo la vigencia de la redacción original del art. 53 de la ley 12 (que, por lo dicho, no le reconocía legitimación) era recurrible para el fiscal o ella quedó firme, a su respecto, antes de la reforma introducida?

Concretamente: la sentencia fue dictada el 11/12/2009 y notificada a esa parte el 15/12/2009; la modificación de la ley procesal fue publicada en el *B.O.* el 21/1/2010; el recurso de inconstitucionalidad fue interpuesto el 1º/2/2010 y la queja el 15/3/2010.

En autos, y a diferencia de lo que sucediera en el precedente "Ybarra" (12/2/2010), en el cual el Tribunal rechazó la pretensión de que se aplicara de forma retroactiva esta modificación a actos ya cumplidos, el fiscal dedujo el recurso de inconstitucionalidad y la queja con posterioridad a que entrase en vigencia la nueva redacción del art. 53 de la ley 12. Sin embargo, lo cierto es que, en tanto dicha modificación legal hizo nacer un derecho recursivo en cabeza de la Fiscalía que —al dictarse dicha resolución— esa parte no tenía ("Rodríguez y Ball", ya mencionado), la decisión surtió plenos efectos y pasó en autoridad de cosa juzgada para el Ministerio Público Fiscal, al amparo de la redacción anterior. En tal sentido, no es posible olvidar que, antes de esta reforma, el único sujeto habilitado para recurrir la sentencia de Cámara —es decir, el contraventor— tenía el derecho a que su situación jurídica existente y consolidada no se viera alterada, modificada o perturbada por la actuación del órgano acusador, derecho que reconocía su base —cuanto menos— en la ley anterior. Está fuera de discusión que el legislador puede sancionar una nueva ley procesal para otorgar un recurso (más) al Ministerio Público Fiscal (CSJN, "Arce", *Fallos* 320:2145), que ningún acusado tiene derecho a que el ordenamiento procesal se mantenga inmutable y que el legislador (también) puede disponer que los procedimientos que tramitan en sede judicial deban reajustarse a lo previsto en esa nueva legislación procesal. No obstante ello, por elementales razones de equidad y seguridad jurídica, el estado de cosas de que gozaba la persona imputada en estas actuaciones ya estaba definido en cuanto a sus características y efectos jurídicos, aunque éstos todavía no se estuvieran produciendo, con el dictado y la notificación de la sentencia de Cámara. La recurribilidad de esa sentencia, entonces, debe ser examinada a la luz de la ley vigente al momento de su dictado.

En otras palabras, la circunstancia de que el legislador le haya dado a la Fiscalía, con posterioridad a la notificación de dicha sentencia, un recurso contra la resolución de Cámara, no puede provocar efecto jurídico alguno en la vida del Sr. Pazos. Para evidenciar lo absurdo que sería dar curso a la vía iniciada por la Fiscalía sirve graficar la situación suscitada con un ejemplo de otra índole: supongamos que el GCBA tiene un interés especial en un pleito determinado, de carácter patrimonial, en el cual ha sido condenado, por las instancias judiciales (de mérito), a pagar una suma de dinero en concepto de indemnización; y supongamos, asimismo, que aquella suma no alcanza para cubrir el monto que reclama la ley para la procedencia del recurso ordinario de apelación ante este Tribunal Superior de Justicia (art. 26.6 de la ley 7), ¿podría el GCBA solicitarle a la Legislatura —mientras está transcurriendo el plazo recursivo de dicha sentencia— la disminución de este monto sólo a su respecto? Probablemente sí, pero, en caso de sancionarse aquella ley, ¿esa disminución le concedería la posibilidad —que antes no tenía— para recurrir la sentencia de Cámara por vía ordinaria? Definitivamente no, toda vez

que ello importaría desconocer "derechos adquiridos" del sujeto indemnizado. En el ejemplo dado, el GCBA sólo tendría posibilidad de deducir un recurso de naturaleza extraordinaria —por regla, limitado— y la actora tendría derecho, o debería atenerse, a refutarlo en esos términos.

2. Por lo expuesto (en el punto 1.2) carece de sentido expedirse sobre el "efecto suspensivo", solicitado por quien no tenía legitimación para activar la vía extraordinaria pretendida (art. 53 de la ley 12 —según su redacción original—), y sin más voto por rechazar la queja interpuesta por el señor fiscal ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

La resolución que motivó la interposición del recurso de inconstitucionalidad, fue dictada el 11/12/2009 y notificada a la Fiscalía el 15/12/2009. La ley procesal vigente al momento de dicha notificación (art. 53, ley 12) sólo habilitaba la vía recursiva al contraventor, por lo que dicha sentencia pasó en autoridad de cosa juzgada. La posterior modificación de la norma no habilita en autos recurso alguno en favor del señor fiscal, lo que determina el rechazo de la presente queja. Así lo voto.

El juez José O. Casás dijo:

1. Al margen de las razones por las que se convocara al Acuerdo en esta causa (véase punto 2 del resulta), tal como lo afirman las señoras juezas, doctoras Ana María Conde y Alicia E. C. Ruiz, la queja presentada por el señor fiscal ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas debe ser rechazada. Ello así por cuanto la decisión tomada por el *a quo* en el caso ya había devenido firme al momento de la interposición del recurso de inconstitucionalidad presentado por el señor fiscal ante la Cámara.

2. A pesar de la reforma de la ley 12 (ley 3382, publicada en el *BOCABA* nº 3345 del 21/1/2010), debo concluir que no asiste razón al señor fiscal en torno a su legitimación en el caso.

La decisión de la Cámara impugnada mediante recurso de inconstitucionalidad fue dictada el 11/12/2009 y notificada el 15/12/2009, momento en el que regía el art. 53 de la ley 12 en su redacción originaria. Aquella norma, como se verá, no concedía recurso a la Fiscalía, por lo tanto la resolución no era impugnable para el Ministerio Público Fiscal. Por lo demás, las leyes siempre rigen para el futuro y la ley 3382 no dispuso su aplicación a decisiones dictadas y notificadas con anterioridad a su entrada en vigencia (conf., en lo pertinente, "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: 'Ybarra, Luis Antonio s/infr. art(s). 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC'", expte. nº 6903/09, resolución del 12/2/2010 y "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: 'Chambi Gómez, Wilder Alexander s/infr. art. 111, CC'", expte. nº 7121/10, resuelto en el día de la fecha, entre otras).

En consecuencia, en el caso, la legitimación procesal del recurrente debe ser analizada a la luz de la redacción original del art. 53 de la ley 12.

3. Una vez determinado que la norma aplicable al caso es el art. 53, ley 12 en su redacción original, sólo resta recordar conforme ya lo sostuviera en diferentes oportunidades (conf. "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—'", expte. n° 6235/08, resolución del 29/04/2009, y sus citas, entre otros) que el art. 53, ley 12, como regla general, no concedía 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 LOPJ), ya que de la letra de ese artículo surgía claramente que el único habilitado era 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 el recurrente en sus recursos, la cuestión había sido regulada por el legislador local de forma autosuficiente al establecer la cláusula de cerramiento mencionada precedentemente, con lo que no resultaba de aplicación al caso lo previsto por el legislador local para el procedimiento penal en el art. 268, CPP CABA. Sirva la nueva redacción del art. 53, ley 12 como prueba de esta afirmación.

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 y ese mismo motivo, claro está, también impide conceder el efecto suspensivo requerido.

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 agregado a fs. 50/59.

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

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

En similar sentido se resolvió en los exptes. nº 7134/10, "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: 'Giustincich, Lucas Luciano s/infr. art (s). 111, CC'", y n° 7121/10 "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: 'Chambi Gómez, Wilder Alexander s/ infr. art (s). 111, CC'", también del 29 de abril de 2010.

XCI

"PARRILLI, ROSA ELSA C/CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA CABA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)"

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES: Competencia. Destitución de juez. AMPARO: Continuidad en la percepción de haberes. Competencia del fuero Contencioso Administrativo y Tributario.

SUMARIOS:

1. En el ejercicio de su competencia originaria el Tribunal —por principio— sólo puede conocer en los estrictos supuestos establecidos en el art. 113, incs. 1º, 2º y 6º, CCBA, y específicamente, en los supuestos de amparo, sólo aquellos que se refieran a la materia electoral (art. 113, inc. 6º, CCBA) o —eventualmente— a una demanda de la Auditoría General de la Ciudad (arts. 113, inc. 1°, CCBA, y 16, ley 402). *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz y Luis F. Lozano).*

2. El objeto del amparo difiere con el objeto del recurso directo contra la sentencia destitutoria de su cargo de jueza, pues en él persigue la continuidad del pago de la remuneración que le correspondía como jueza hasta el momento de su destitución mientras subsista la licencia médica otorgada por el CM y el TSJBA no se haya pronunciado en el recurso directo por arbitrariedad previsto en la Constitución local (art. 123, *in fine*) y en la ley 54 (arts. 28 y 29), donde pretende la nulidad de la sentencia del jurado de enjuiciamiento que la destituyó. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz y Luis F. Lozano).*

3. En el marco del recurso directo en trámite ante el TSJBA, éste carece de competencia para conceder lo que busca la amparista, que es la continuidad del pago de su remuneración de magistrada mientras persista la licencia médica otorgada por el CM y el TSJBA no se pronuncie en dicho recurso, pues la materia del reclamo intentado en el amparo es claramente encuadrable en la competencia del fuero CAyT a tenor de lo que surge de los arts. 2º del CCAyT, y 7º de la ley 2145. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz y Luis F. Lozano).*

Expte. SAO n° 7200/10 - 29/4/2010

VISTO:

el expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

1. A fs. 1/13, 76 y 117/121 la Dra. Elsa Rosa Parrilli promovió acción de amparo contra el Consejo de la Magistratura de la CABA ante el fuero Contencioso Administrativo y Tributario, a los fines de que la justicia ordene que se "contin[úe] abonando el salario, hasta tanto quede firme la sentencia dictada por el *jury* de enjuiciamiento. Y se otorgue el alta médica a la suscripta; debiéndose dar ambas situaciones para que se dé el cese de la prestación" (fs. 1).

En sustancia explicó que el Consejo de la Magistratura le concedió licencia extraordinaria por enfermedad de largo tratamiento desde el 15/10/2009 "y hasta la obtención del alta definitiva".

Agregó que ínterin, "[c]omo es de público y notorio conocimiento, el Jurado de Enjuiciamiento dispuso [su] destitución como jueza a cargo [del] Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires N° 28", y que impugnó dicha sentencia "por arbitraria, con fecha 17 de febrero de 2010 ante el Tribunal Superior de Justicia, sin que a la fecha dicho recurso sea resuelto".

Expresó que a partir del mes de febrero de 2010 dejó de percibir su jornal por lo que inició ante el Consejo de la Magistratura "un reclamo administrativo tendiente a seguir percibiendo [su] salario hasta tanto cese [su] licencia por enfermedad de largo tratamiento dictada por resol. CM-758/09", reclamo al que no se le habría dado tratamiento siendo notificada que, con motivo de la sentencia de destitución, tenía a su disposición la "liquidación final" de haberes.

Finalmente, tras realizar consideraciones acerca de su estado de salud desarrolló los fundamentos para sostener su pretensión con "sustento en dos ejes principales: *1.* la suscripta se encontraba gozando de licencia extraordinaria al momento de la sentencia destitutoria, licencia que se encuentra actualmente vigente, lo cual impide efectivizar la mencionada destitución; *2.* la sentencia destitutoria ha sido apelada por la suscripta, lo cual tiene, con respecto a la percepción de los salarios, efectos suspensivos de la medida" (fs. 3).

El planteo incluyó la solicitud de una cautelar innovativa a fin de que "se continúe abonando a la suscripta el salario, con los respectivos aportes al sistema de salud y previsional; ordenándose la devolución de los salarios caídos correspondientes a los mesas de febrero y marzo" (fs. 1)

2. La causa fue asignada al Juzgado CAyT N° 13 (fs. 13 vta.), y a fs. 295/297, previo dictamen fiscal de fs. 123/124, el magistrado titular declaró su incompetencia para entender en la causa y decidió remitirla a conocimiento del TSJBA.

Fundó su decisión en que "en el caso de autos se cuestiona parte de los efectos [...]" de la resolución del jurado de enjuiciamiento que destituyó a la actora de su cargo de jueza, y que dicha resolución "se encuentra actualmente cuestionada ante el TSJBA en los términos del art. 123 *in fine* de la CCBA (reglamentado por los arts. 28 y 29 de la ley 54)".

Añadió que en razón de ello, "las cuestiones que aquí se ventilan se encuentran íntimamente vinculadas con el objeto procesal del expediente que se encuentra tramitando ante el TSJBA, y que, como sostiene la señora fiscal, podrían considerarse como una incidencia del principal sometido a conocimiento del Superior [...]"

Asimismo, citó en apoyo de su resolución diversa jurisprudencia del TSJBA que consideró aplicable al caso.

3. A fs. 316/318 se expidió el señor fiscal general y propició la incompetencia del Tribunal y la devolución de las actuaciones al juzgado previniente para que continúe su trámite.

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. En el ejercicio de competencia originaria el Tribunal —por principio— sólo puede conocer en los estrictos supuestos establecidos en el art. 113, incs. 1º, 2º y 6º, CCBA, y específicamente, si de amparos se trata, sólo de aquellos que se refieran a la materia electoral (art. 113, inc. 6º, CCBA) o —eventualmente— a una demanda de la Auditoría General de la Ciudad (arts. 113, inc. 1°, CCBA, y 16, ley 402).

No es óbice a tal conclusión la actuación del Tribunal en el expte. n° 4312/05 "Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/pedido de inhibitoria en: 'Gallardo, Roberto Andrés c/Consejo de la Magistratura s/amparo (art. 14, CCBA)'", pues la intervención del TSJBA sólo tuvo por fin precisar que el proceso de remoción de magistrados establecido por los arts. 121 a 123, CCBA y la ley 54, sólo puede ser sometido a revisión judicial mediante el recurso previsto en el art. 123, del plexo normativo fundamental local, y en los arts. 28 y 29 de la citada ley y, a partir de tal precisión, dispuso declarar la incompetencia de la justicia en lo Contencioso, Administrativo y Tributario para conocer en el amparo en cuestión y dejar sin efecto la medida cautelar decretada y toda otra resolución adoptada en el mismo expediente que impidiera el desarrollo del proceso previsto en el art. 123, CCBA (véase resolución de fecha 9/11/2005 en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. VII, pp. 1350 y ss.)

Es decir que el Tribunal no conoció acerca del planteo formulado en dicho amparo, que perseguía que se declarara la nulidad de una resolución del Consejo de la Magistratura de la Ciudad que había dispuesto la integración del Jurado de Enjuiciamiento a fin de resolver las recusaciones que el actor había planteado contra varios de los integrantes del Consejo. Sólo se limitó a establecer la incompetencia del fuero CAyT en la medida de que la única revisión judicial posible del proceso de remoción aludido era el recurso directo previsto en la Constitución y la ley reglamentaria, y a invalidar —en consecuencia— todo lo actuado hasta el momento ante la justicia CAyT.

En el *sub judice*, como bien lo señala el señor fiscal general, el objeto del amparo difiere con el objeto del recurso directo contra la sentencia destitutoria de su cargo de jueza, interpuesto por la Dra. Parrilli.

En autos, la Dra. Parrilli persigue la continuidad del pago de la remuneración que le correspondía como jueza hasta el momento de su destitución mientras subsista la licencia médica otorgada por el CM mediante resol. 758/09 y el TSJBA no se haya pronunciado en el recurso de mención.

En tanto, en el recurso aludido —que tramita ante este Tribunal mediante expte. n° 7073 caratulado "Parrilli, Rosa Elsa s/recurso en/ SCD-187/09-0 s/denuncia efectuada por el señor Ministro de Justicia y Seguridad del GCBA"— que se tiene a la vista, la pretensión de la nombrada en el marco del recurso directo por arbitrariedad previsto en la Constitución local (art. 123, *in fine*) y en la ley 54 (arts. 28 y 29), es la nulidad de la sentencia del jurado de enjuiciamiento que la destituyó.

De lo expuesto no sólo queda claro que la pretensión formulada en el amparo es de distinta naturaleza y ajena a la del recurso directo de mención, sino que, además, amén de lo improponible de su tramitación en instancia originaria ante el Tribunal, ni siquiera es posible considerarla una incidencia del recurso de mención.

En otras palabras, en el marco del recurso directo en trámite ante el TSJBA, éste carece de competencia para conceder lo que busca la amparista, que es la continuidad del pago de su remuneración de magistrada mientras persista la licencia médica otorgada por el CM y el TSJBA no se pronuncie en dicho recurso.

Por el contrario, la materia del reclamo intentado en autos es claramente encuadrable en la competencia del fuero CAyT a tenor de lo que surge de los arts. 2º del CCAyT, y 7º de la ley 2145.

Y ello ocurre sin perjuicio de que uno de los argumentos en los que la amparista sostiene su pretensión consista en atribuir efecto parcialmente suspensivo al recurso directo de marras, puesto que como señala el señor fiscal general "no se observa de qué manera lo que se resuelva sobre la solicitud de pago del salario podría influir en aquello que ha de ser materia del recurso por arbitrariedad".

Una conclusión contraria llevaría a considerar que la competencia del TSJBA para conocer del recurso directo por arbitrariedad contra la sentencia destitutoria dictada por el jurado de enjuiciamiento se erige en una especie de fuero de atracción de cualquier asunto que exhiba alguna vinculación con la destitución decretada. Y no es ese el sentido de la intervención que le cupo al TSJBA en el expte. n° 4312/05 mencionado *supra*, como ha sido explícitamente aclarado.

2. Por lo expuesto, considero que el Tribunal debe declarar su incompetencia para conocer en este amparo y devolver las actuaciones al señor juez a cargo del Juzgado CAyT N° 13.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

El art. 113, incs. 1º, 2º y 6º, CCBA define la competencia originaria del Tribunal y es claro que la pretensión de la amparista no encuadra en ninguno de los supuestos que define la CCBA sino en la propia de los tribunales contencioso administrativos y tributarios de la Ciudad (conf. arts. 1º y 2º de la ley 189).

Por tanto, corresponde declarar la incompetencia del Tribunal y devolver las actuaciones al juzgado de origen. Así voto

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Coincido con la solución propuesta por mi colega, jueza de trámite Ana María Conde. Este Tribunal resulta incompetente para entender en el amparo que suscitó la declinatoria del juez previniente porque la normativa que regula su competencia (para lo que aquí importa, art. 113, CCBA, leyes 7, 54 y 402) no incluye supuestos como el involucrado en autos, cuya pretensión se orienta a obtener el pago de salarios de los que, según la accionante, se vio privada por decisión del Consejo de la Magistratura que puso a disposición su liquidación final de haberes (fs. 2).

Por lo demás, la vinculación entre el proceso en trámite ante este estrado y el amparo articulado en primera instancia viene invocada por el titular del Juzgado CAyT Nº 13 sin indicar cómo ella encuadraría en las previsiones de rito aplicables (arts. 81 ss. y cc. del CCAyT), extremo que tampoco surge de modo evidente.

En consecuencia, voto por declarar la incompetencia de este Tribunal, declarar la competencia del Juzgado previniente y devolver las actuaciones para que prosigan su trámite.

Por ello, de acuerdo a lo dictaminado por el señor fiscal general,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* su incompetencia para entender en este expediente y devolverlo a conocimiento del juzgado de origen.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y se cumpla.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz.*

XCII

"PARRILLI, ROSA ELSA C/CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA CABA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)"

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES: Destitución de juez. Excusación del juez que intervino en el jurado de enjuiciamiento.

Expte. SAO n° 7200/10 - 29/4/2010

VISTO:

el expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

A fs. 323 el señor juez José O. Casás manifiesta su voluntad de excusarse de intervenir en estas actuaciones en los términos del art. 23, CCAyT, "por respeto a elementales razones de decoro o delicadeza", en razón de haberse desempeñado como presidente del Jurado de Enjuiciamiento en el proceso que concluyó con la destitución de la actora, la Dra. Rosa Elsa Parrilli.

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

Las razones enunciadas por el señor juez del Tribunal, Dr. José O. Casás —haberse desempeñado como presidente del Jurado de Enjuiciamiento en el proceso que concluyó con la destitución de la actora— encuadran en los términos del art. 23, último párrafo, CCAyT y ellas resultan suficientes para justificar su excusación en las presentes actuaciones.

Los jueces Alicia E. C. Ruiz y Luis F. Lozano dijeron:

Nos adherimos al voto de la jueza Ana María Conde.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Aceptar* la excusación del Dr. José O. Casás para intervenir en las presentes actuaciones.

2º. *Mandar* que se registre y se notifique.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz.*

XCIII

"MONTENEGRO, FANDOR LUCIO Y OTROS C/GCBA S/AMPARO"

COMUNAS: Convocatoria a elecciones. Audiencia pública.

Expte. SAO n° 6425/09 - 29/4/2010

VISTO:

el expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

1. A fs. 355 y 366 los actores informaron al Tribunal que se había publicado la ley 3233, agregaron que "de la misma resulta que se ha cumplido a medias con el objeto de este amparo, ya que si bien se ha fijado fecha para llevar a cabo la primera elección de Comunas de la ciudad, la misma no será celebrada este año, sino el 5 de junio de 2001..." Añadieron que en el art. 4º de la ley " ...se le han impuesto al Poder Ejecutivo una serie de obligaciones que, para poder ser cumplidas acabadamente, deberán ponerse en ejecución de inmediato", y requirieron la continuación "de la audiencia suspendida, a fin de que el Poder Ejecutivo explique de qué forma y en que plazos cumplirá con las obligaciones del art. 4º de la ley...". Fundaron la solicitud "a efectos de que se impida continuar con la tradición de incumplimiento tanto a la Constitución de la Ciudad —cláusula transitoria 17 y art. 127— como respecto de los arts. 47, 48 y 52 de la ley 1777, respecto de las cuales no se advierte hasta el momento ningún avance".

2. Corrido traslado a la demandada, lo contestó a fs. 362 y expresó que "con el dictado de la ley 3233... ha quedado satisfecha en forma plena la pretensión de los actores, por lo que el proceso de amparo ha resultado claramente abstracto". Y agregó que en virtud de lo expuesto "no corresponde la celebración de audiencia alguna..."

3. A fs. 369/372 el señor fiscal general adjunto opinó que se debe "considerar abstracto el objeto de la acción de amparo incoada [...] y, en consecuencia, rechazarla".

4. A fs. 374 el Tribunal corrió traslado a la parte actora "de la manifestación de la demandada que califica de abstracto el proceso, formulada en el escrito de fs. 362".

5. A fs. 376/378 contestan los actores y manifiestan que el amparo está sólo parcialmente cumplido.

Expresan que en el petitorio de la demanda no sólo se requirió que se ordenara fijar fecha y convocar para la primera elección de autoridades comunales, sino que se ordenara al Gobierno la adopción "para ello, y sin demora, todas las medidas de su competencia necesarias a fin de la realización efectiva de dicha elección".

Agrega que hasta hora sólo se ha fijado la fecha, pero no se han adoptado las medidas aludidas, que concretiza en las señaladas en el art. 4º de la ley 3233, sobre las que se explaya.

Por ello piden que se rechace la pretensión de tener por cumplido el objeto de este amparo, y que se fije fecha para la continuación de la audiencia iniciada en autos, "a fin de que el Poder Ejecutivo explique de qué manera está cumpliendo con lo ordenado por el art. 4º de la ley 3233".

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

De la deliberación llevada adelante en el acuerdo del día 21 del corriente, con relación al pedido de reanudación de la audiencia suspendida el día 20/8/2009 en estas actuaciones, surge que — debido a la vacancia de una de las vocalías del Tribunal— no hay mayoría para resolver la cuestión.

Por ello, con el fin evitar que una cuestión de esta índole se dilate en el tiempo en forma innecesaria y toda vez que se trata de una mera audiencia informativa, presto conformidad a lo propiciado por los jueces Casás y Ruiz en cuanto a la reanudación de la audiencia.

El juez José O. Casás dijo:

Forma parte del objeto de la presente demanda el requerimiento —además de fijar fecha de la primera elección de autoridades comunales— de ordenar al Gobierno la adopción de "todas las medidas de su competencia necesarias a fin de la realización efectiva de dicha elección".

Los accionantes, luego de la sanción —con fecha 20 de octubre de 2009— de la ley 3233 que fijó la fecha de la elección reclamada para el día 5 de junio de 2011, identificaron a tales "medidas necesarias para la realización de la elección" indicadas genéricamente en el petitorio original con las mandas que describe el art. 4º de la norma legal ya citada.

En consecuencia, estimo que no cabe descartar la posibilidad de que las partes del proceso se expresen sobre el particular en la audiencia que oportunamente resultó suspendida, toda vez que ello permitiría ilustrar acabadamente al Tribunal acerca del estado actual del asunto en debate, recaudo pertinente por tratarse la presente de una acción de amparo que debe resolverse con arreglo a la situación fáctica y jurídica existente que surja de las actuaciones al momento de emitir sentencia.

A partir de lo expuesto, estimo que corresponde disponer la reanudación de la audiencia celebrada ante el Tribunal que fuera suspendida el pasado 20 de agosto de 2009.

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Adhiero al voto de mi colega José O. Casás.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Acompaño la decisión de mis colegas de hacer lugar al pedido de reanudación de audiencia formulado por la parte actora.

La resolución que adopto encuentra apoyo en las razones que dí el 15 de abril de 2009 al votar a favor de que se corriese vista a la parte actora de la documental acompañada por la demandada, como así también, en las que indica mi colega, la Dra. Conde, en su voto.

Por ello, oído el señor fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer* lugar al pedido de reanudación de audiencia formulado a fs. 355, 366 y 376/378 por la parte actora y, convocar a las partes y al señor fiscal general a esos efectos, para el día 14 de julio de 2010, a las 10 hs. en la Sala de Audiencias del Tribunal.

2º. *Mandar* que se registre y se notifique. La notificación a la parte demandada se cursará a la Procuración General de la Ciudad y, asimismo y mediante oficio de estilo, al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo de la Ciudad.

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

XCIV

"ASOCIACIÓN DE HOTELES, RESTAURANTES, CONFITERÍAS Y CAFÉS C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos.

SUMARIO:

1. Es 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 a cuyo respecto solicita el control de constitucionalidad y cuáles los preceptos y principios constitucionales, con los que las primeras entran en colisión, siendo ineludible que explique de manera clara y pormenorizada las razones en las que sustenta la tacha de inconstitucionalidad. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, José O. Casás y Ana María Conde).*

Expte. SAO n° 7059/10 - 29/4/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Asociación de Hoteles, Restaurantes, Confiterías y Cafés promueve acción declarativa de inconstitucionalidad 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 y pérdida de vigencia de la ley 2936 que regula la Publicidad Exterior en la Ciudad de Buenos Aires "(arts. 3º, 5º, 7º, 8º, 11, 12, 13, 14, 19, 20, 25 y concs.)" y la "disposición transitoria" de dicha norma en tanto establece que "los anuncios que no se ajusten a la nueva ley deben adecuarse a la misma en un plazo de 180 días desde la promulgación de la norma" (fs. 15 y 16).

Relata la actora que mediante el dictado de la ley 2936 se imponen retroactivamente "nuevas modalidades" a la actividad publicitaria exterior en la Ciudad fundadas en una "supuesta mejora del paisaje urbano", afectando indebidamente permisos en trámite aun no concedidos y permisos vigentes —otorgados bajo la regulación anterior— para cuya readecuación se establece un plazo que, en su opinión, no sólo es "exiguo", sino que conculca los principios de legalidad y razonabilidad y los derechos a la propiedad y ejercer el comercio (fs. 17 y vta.).

2. A fs. 32/35 el señor fiscal general emitió dictamen propiciando la inadmisibilidad formal de la acción.

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La actora está legitimada para instar este acción de inconstitucionalidad en los términos del art. 18, inc. 2º, ley 402, sin embargo la demanda es formalmente inadmisible por las razones que seguidamente expongo.

2. Desde sus primeros pronunciamientos, el Tribunal 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 a cuyo respecto 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, pp. 56 y ss., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001; "Villegas, Héctor c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 1254/01, 15/11/2001, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. III, pp. 622/623, entre otros).

3. En el *sub judice* la actora promueve acción declarativa de inconstitucionalidad de los arts. 3º, 5º, 7º, 8º, 11, 12, 13, 14, 19, 20, 25 "y concordantes" y de la "disposición transitoria" de la Ley 2936 de Publicidad Exterior.

Más allá de que la genérica mención de artículos "concordantes" incumple palmariamente la necesidad de identificación precisa apuntada, también es claro de la atenta lectura de la demanda que ningún argumento se desarrolla para fundar la impugnación contra los arts. 3º, 5º, 7º, 8º, 11, 12, 13, 14, 19, 20 y 25 de la ley, taxativamente consignados en el escrito de inicio.

Sólo ha merecido alguna consideración la supuesta "irrazonablidad" o "incoherencia" o "violación de derechos adquiridos" de la "disposición transitoria" de la ley 2936, consideración que, de todas formas, no precisa mínimamente cuáles reglas constitucionales locales y/o nacionales resultarían vulneradas ni, consecuentemente, la fundamentación pormenorizada que relacione causalmente la norma atacada con los preceptos y principios constitucionales presuntamente contrariados.

4. Por otra parte debe tenerse presente —como expresé en otras oportunidades— que 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 vía de impugnación constitucional en abstracto, 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 las objeciones que previsiblemente puedan aducirse para respaldar la compatibilidad o coherencia de las normas cuestionadas con los preceptos de las constituciones local y nacional que se aducen vulnerados (conf. mis votos en "Fedecámaras c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 3725/2004, sentencia del 16/3/2005 y "Asociación Civil Alianza para el Uso Racional de Envases en Argentina (AUREA) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 6370/09, resolución del 27/5/2009, entre otros).

En este sentido, baste señalar, como ejemplo, que la actora, al argüir sobre la presunta vulneración de derechos adquiridos, debió haberse hecho cargo —al menos— de la reiterada jurisprudencia de la CSJN en torno a que "la modificación de leyes por otras posteriores no da lugar a cuestión constitucional alguna, ya que nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentos ni a la inalterabilidad de los mismos" (*Fallos,* 267:247; 268:228; 291:359; 308:199; 311:1213; 315:839; 318:1531; 321:2683; 323:3412; 325:2875).

5. Por todo lo expuesto, considero que la acción planteada es formalmente inadmisible.

La jueza Alicia E. C Ruiz dijo:

Coincido con el señor juez de trámite en que la acción es inadmisible, en virtud de los fundamentos que desarrolla en los puntos 1, 2 y 3 de su voto, a los que me remito. Así lo voto.

El juez José O. Casás dijo:

En las presentes condiciones, la acción declarativa de inconstitucionalidad incoada en el caso resulta formalmente inadmisible, en virtud de los defectos de fundamentación que presenta el escrito de inicio y que se encuentran adecuadamente

señalados en el voto del señor juez de trámite, Dr. Luis F. Lozano, al que adhiero y remito en homenaje a la brevedad.

Por lo demás, se advierte que el argumento referido a la alegada vulneración de supuestos derechos adquiridos ante el cambio del derecho objetivo aludido en la acción (derivado de la sanción de la ley 2936), al menos a partir de los escuetos términos en que ha sido consignado por la interesada, en realidad, parece remitir a las situaciones particularizadas de aquellos permisionarios que podrían verse afectados por las medidas previstas en la nueva ley, escenario susceptible de ser ventilado, en todo caso, a través del marco procesal pertinente que permita el ejercicio del control difuso de constitucionalidad y/o el planteo de una acción de daños y perjuicios frente a la eventual responsabilidad del Estado en un caso concreto.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero a los puntos 1, 2 y 3 del voto del juez de trámite, Dr. Luis F. Lozano, por compartir los fundamentos allí expuestos y considerarlos suficientes para determinar la inadmisibilidad de la acción intentada.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* formalmente inadmisible la demanda interpuesta a fs. 15/19 por la Asociación de Hoteles, Restaurantes, Confiterías y Cafés.

2º. *Mandar* se registre, notifique y archive.

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

XCV

"SUIELUV S.R.L. C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/CONFLICTO DE COMPETENCIA"

CONFLICTO DE COMPETENCIA: Clausura preventiva.
AMPARO: Competencia del fuero Penal, Contravencional y de Faltas.

SUMARIOS:

1. Corresponde atribuir la competencia al fuero Penal, Contravencional y de Faltas cuando, por medio de una acción de amparo, se cuestiona tanto una clausura preventiva —función administrativa— como cuando la autoridad impone sanciones en los términos de la ley 1217 —función materialmente jurisdiccional de la administración—, toda vez que de acuerdo al principio general del 27 de la ley aludida permite

inferir que corresponde intervenir a dicho fuero aun cuando pudiera ser opinable teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad administrativa involucrada. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, José O. Casás y Ana María Conde).*

2. Se impone señalar que no son las previsiones de la ley de amparo (art. 7º, ley 2145) las que deben ser analizadas para determinar la radicación de estos autos, ya que 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, cuya solución para definir el ámbito de de actuación del fuero CAyT con un criterio subjetivo fue seguida por la ley de amparo. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. No es correcto 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. De acuerdo al art. 27 de la ley 1217, la competencia en materia de faltas es improrrogable y corresponde al fuero Contravencional, de Faltas y Penal, sin que esa situación se haya visto modificada por la sanción de la ley 2145, que reglamenta la acción de amparo. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

6. El texto del art. 7º de la ley 2145 de amparo, debe interpretarse en armonía con el resto de las disposiciones que regulan la competencia de los distintos tribunales de la Ciudad, pues considerar que los amparos dirigidos contra decisiones de órganos administrativos que imponen sanciones en virtud del régimen de faltas puedan ser ventiladas ante el fuero Contencioso Administrativo y Tributario, lleva a una fragmentación injustificada de la competencia en este tipo de asuntos. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. SAO nº 7091/10 - 29/4/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

El día 30/12/2009 la empresa Suieluv S.R.L. interpuso demanda de amparo y medida cautelar contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (Dirección General de Fiscalización y Control) ante el fuero Penal, Contravencional y de Faltas, con motivo de la clausura preventiva dispuesta respecto del local sito en la calle

Tucumán nº 2053/57 que opera bajo el nombre de fantasía de "Hotel Zentra". La pretensión que originó el pleito estuvo formulada así "...que V.S. invalide y ordene levantar la clausura dispuesta, hasta tanto el GCBA dé cumplimiento al procedimiento previsto por la ley vigente" (fs. 23 vta.). Asimismo, requirió que se dictase una resolución que dispusiera como medida cautelar la "prohibición de innovar respecto de la ocupación del inmueble" de modo tal que la empresa pueda cumplir "con los compromisos asumidos con los pasajeros que contrataron su hospedaje en el mismo" (fs. 23/26).

El accionante expresó que el 30/6/2009, solicitó al Gobierno la habilitación del inmueble para funcionar como hotel con servicios de comidas y que, luego de transcurridos 5 (cinco) meses, más precisamente el 4 de diciembre de 2009, dos inspectores de la Dirección General de Fiscalización y control labraron el acta circunstanciada nº 009065 y procedieron a clausurar en forma preventiva e inmediata el establecimiento por hechos vinculados al "explotador anterior".

Agregó que con fecha 14 de diciembre de 2009 la UAAFE nº 11 mantuvo la clausura preventiva mediante el dictado de la resolución interlocutoria 17.189, cuya nulidad, conforme quedó indicado, se requiere en autos.

Finalmente, fundó la competencia del fuero en lo Penal, Contravencional y de Faltas en la doctrina de este Tribunal arribada en las causas "Mercado Romero" y "Casabona".

2. El juez a cargo del Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 26 declaró su incompetencia para intervenir en las presentes actuaciones, en virtud de lo establecido por el art. 7º, ley 2145 que establece que en las acciones de amparo dirigidas contra las autoridades de la Ciudad será competente el fuero Contencioso Administrativo y Tributario (fs. 28).

3. Por su parte, la señora fiscal de primera instancia ante el fuero en lo Contencioso Administrativo y Tributario opinó que resulta competente el fuero en lo Penal, Contravencional y de Faltas de acuerdo a la doctrina arribada por este Tribunal en las causas "Mercado Romero" y "Casabona" (fs. 36/37)

4. A fs. 38, el juez a cargo del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 1 compartió los argumentos vertidos por la Fiscalía y, en consecuencia, se declaró incompetente y remitió a este Tribunal las actuaciones.

5. A fs. 48/52 el señor fiscal general propició la competencia del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 1.

6. El 23 de marzo de 2010, el Tribunal resolvió remitir las actuaciones al juez a cargo del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 1 "para que las gire al juez que previno en autos a fin de que, este último fije posición trabando, si insiste, la contienda" (fs. 54/55). Requerimiento que fuera cumplido a fs. 58.

7. A fs. 59/60 la jueza a cargo del Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 26 mantuvo el criterio sustentado a fs. 28. En consecuencia elevó el expediente a este Tribunal.

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Surge del relato que precede estos fundamentos, para lo que ahora importa, que la pretensión esgrimida por la parte actora se circunscribe a requerir la nulidad de la clausura confirmada por la Unidad Administrativa de Atención de Faltas Especiales Nº 11. Aunque en la demanda se hace referencia a supuestas irregularidades en el trámite de habilitación del inmueble clausurado y se solicita una cautelar que "...ordene su habilitación transitoria y provisoria", la argumentación sólo aparece invocada por el accionante para mostrar los vicios que imputa a la resolución de la controladora de faltas que mantuvo la clausura cuya nulidad reclama como único objeto de la demanda de autos (fs. 23 vta. y 25 vta.).

En tal contexto, 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 sostuve que correspondía atribuir la competencia al fuero Penal, Contravencional y de Faltas cuando, por medio de una acción de amparo, se cuestiona tanto una clausura preventiva —función administrativa— como cuando la autoridad impone sanciones en los términos de la ley 1217 —función materialmente jurisdiccional de la administración—, toda vez que de acuerdo al principio general del 27 de la ley aludida permite inferir que corresponde intervenir a dicho fuero aún cuando pudiera ser opinable teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad administrativa involucrada.

2. En línea con la solución propiciada la propia actora en su demanda precisó inequívocamente, aún en el marco relativamente sintético de su reclamo, que inicia la presente acción de amparo a fin de cuestionar una decisión confirmatoria adoptada en el marco de un proceso administrativo sustanciado por la Unidad Administrativa de Control de Faltas en los términos de los arts. 8º y 24, ley 1217 (fs. 13/14, 23 y fs. 25 vta.). Así como también que la acción elegida 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", expte. nº 5505/07, resolución del 25/10/2007 y "Casabona" ya reseñado (véase fs. 25 vta.).

3. El modo en que se resuelve, impone señalar que no son las previsiones de la ley de amparo (art. 7º, ley 2145) las que deben ser analizadas para determinar la radicación de estos autos, como postulan el señor fiscal general y el magistrado del fuero Contravencional y de Faltas. 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. 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 (conf. entre otros mi voto en "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).

4. En virtud de lo expuesto, voto por atribuir la competencia para entender en estas actuaciones al Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 26.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Coincido con la solución propuesta por el señor juez de trámite. En efecto, la situación de autos es similar a la resuelta en la causa "Mercado Romero, Heriberto Román c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia". Allí sostuve que de acuerdo al art. 27 de la ley 1217, la competencia en materia de faltas es improrrogable y corresponde al fuero Contravencional, de Faltas y Penal. Situación que no se ha visto modificada por la sanción de la ley 2145, que reglamenta la acción de amparo.

2. El texto del art. 7º de la ley 2145 de amparo, debe interpretarse en armonía con el resto de las disposiciones que regulan la competencia de los distintos tribunales de la Ciudad, pues considerar que los amparos dirigidos contra decisiones de órganos administrativos que imponen sanciones en virtud del régimen de faltas puedan ser ventiladas ante el fuero Contencioso Administrativo y Tributario, lleva a una fragmentación injustificada de la competencia en este tipo de asuntos.

3. En materia de competencia deben primar los criterios más racionales posibles para despejar las dudas en la atribución de las causas. Así, debe tomarse en cuenta: *a)* las disposiciones expresas y específicas sobre el particular que mantienen su vigencia en tanto no haya norma expresa que las modifique, *b)* la prioridad que tienen los magistrados especializados en los asuntos que deben decidir frente a los que no poseen, al menos formalmente, tal especialización, pues ello es una garantía

de idoneidad técnica para el usuario del sistema; *c)* la posibilidad que tenga el juez de realizar actividades ordenatorias que no importen, a su vez, un desplazamiento de competencia (v. gr.: facultades previstas en el art. 6º, ley 2145); *d)* la posibilidad de garantizar a los usuarios del sistema la mejor y más intuitiva comprensión posible del sistema de competencias; *e)* el respeto por el sistema de designación de magistrados que, precisamente, han recibido su nombramiento considerando sus antecedentes y versación en la materia en la que deben resolver; etcétera.

4. Por las consideraciones que anteceden, voto por declarar la competencia del Juzgado en lo Penal, Contravencional, y de Faltas Nº 26 para entender en el presente proceso de amparo.

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

Tal como lo sostiene en su voto el señor juez de trámite, Dr. Luis F. Lozano, en el presente caso, básicamente, se pretende la declaración de nulidad de la clausura preventiva del local sito en la calle Tucumán nº 2053/57 de esta Ciudad, mantenida por la Unidad Administrativa de Atención de Faltas Especiales Nº 11 mediante resol. 17.189/09 (véase copia obrante a fs. 13/14).

Desde esta perspectiva, la cuestión traída a decisión del Tribunal resulta similar a la resuelta en los precedentes "Mercado Romero, Heriberto Román c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia", expte. nº 5506/07, decisión del 25/10/2007 y "Casabona, Marcelo Á. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia", expte. nº 6447/09, sentencia del 29/4/2009 —citados incluso por la propia parte actora al iniciar su acción ante el fuero Penal, Contravencional y de Faltas—, a cuyos fundamentos nos remitimos en homenaje a la brevedad.

En virtud de lo expuesto, corresponde declarar la competencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 26 para intervenir en este expediente.

Así lo votamos.

Por ello, emitido el dictamen por el fiscal general,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* la competencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 26 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 1 y se remita el expediente al juzgado declarado competente.

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

XCVI

"COSTA, STELLA MARIS RITA C/GCBA Y OTROS S/MEDIDA CAUTELAR S/CONFLICTO DE COMPETENCIA"

CONFLICTO DE COMPETENCIA: Clausura preventiva. UNIDAD ADMINISTRATIVA DE CONTROL DE FALTAS: Competencia del fuero Penal, Contravencional y de Faltas. Criterios de atribución de la competencia.

SUMARIOS:

1. La pretensión dirigida a lograr que se deje sin efecto la disposición de la Dirección General de Fiscalización y Control el Gobierno de la Ciudad que ordenó ratificar la clausura inmediata y preventiva de una obra llevada a cabo por inspectores de aquel organismo, en el marco de una medida cautelar de las denominadas "autónomas", puesto que el elemento esencial es la intervención de la Unidad Administrativa de Control de Faltas que abre las puertas al procedimiento previsto por la ley 1217, determina la competencia de la justicia Penal, Contravencional y de Faltas. *(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 y Luis F. Lozano).*

2. En materia de competencia deben primar los criterios más racionales posibles para despejar las dudas en la atribución de las causas, debiendo tomarse en cuenta las disposiciones expresas y específicas sobre el particular que mantienen su vigencia en tanto no haya norma expresa que las modifique, la prioridad que tienen los magistrados especializados en los asuntos que deben decidir frente a los que no poseen, al menos formalmente, tal especialización, pues ello es una garantía de idoneidad técnica para el usuario del sistema; la posibilidad que tenga el juez de realizar actividades ordenatorias que no importen, a su vez, un desplazamiento de competencia; y el respeto por el sistema de designación de magistrados que, precisamente, han recibido su nombramiento considerando sus antecedentes y versación en la materia en la que deben resolver. *(Voto de la señora jueza Alicia. E. C. Ruiz).*

3. Debe atribuirse la competencia al fuero Penal, Contravencional y de Faltas cuando se cuestiona tanto una clausura preventiva —función administrativa— como cuando la autoridad impone sanciones en los términos de la ley 1217 —función materialmente jurisdiccional de la administración—, toda vez que de acuerdo al principio general del art. 27 de la ley aludida corresponde intervenir a dicho fuero sin distinción, aun cuando pudiera ser opinable teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad administrativa involucrada. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. SAO nº 7161/10 - 29/4/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El día 25/8/2009 la señora Stella Maris Rita Costa planteó una "medida precautoria de no innovar y/o la cautelar de aseguramiento de [sus] legítimos derechos de propietaria" contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y el Sr. César Pío Filgueira ante la Justicia Nacional en lo Civil, para poder concluir las obras iniciadas en su propiedad, situada en la calle Migueletes nº 2380 de esta Ciudad, en el mes de marzo de 2008 (fs. 11/12).

Expresó que a partir de la denuncia formulada por el Sr. Filgueira el 30/10/2008, la Dirección General de Fiscalización y Control del Gobierno de la Ciudad (DGFYC), como autoridad de aplicación, procedió de manera antijurídica a clausurar la construcción, pese a contar con "plano aprobado y habilitación de obra" (fs. 12).

2. A fs. 16, previo dictamen fiscal (fs. 14) cuyos fundamentos compartió, la jueza a cargo del Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil Nº 45 declaró su incompetencia para intervenir en las presentes actuaciones y ordenó remitirlas a la justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad.

3. Por su parte, la señora fiscal de primera instancia ante el fuero en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 1 opinó que: 1) la magistrada de la justicia en lo CAyT local "resultaría competente para entender en virtud de lo dispuesto por los arts. 1º y 2º del CCAyT"; 2) "que la acción escogida por los actores no sería la vía más idónea para su tratamiento en tanto existe una remedio judicial específico previsto por el art. 24 de la ley 1217"; y 3) este Tribunal adoptó "una solución diversa a la aquí propuesta" en los precedentes "Mercado Romero" y "Casabona" al remitir las actuaciones a la justicia en lo Penal, Contravencional y de Faltas (fs. 23/24).

4. A fs. 25, la jueza a cargo del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 11 resolvió declararse incompetente "por las razones que expresa la señora fiscal en su dictamen" y atribuir la competencia para entender en las presentes actuaciones a la justicia en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

5. A fs. 28, el señor juez en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 17 solicitó a la Dirección General de Control de Faltas Especiales la remisión al juzgado del "legajo administrativo que contenga las actas de comprobación labradas con relación al inmueble de la calle Migueletes nº 2380 de esta Ciudad" sin que ello "implique aceptación de competencia".

6. Una vez agregada copia certificada de la documentación requerida (fs. 31/244), el magistrado corrió vista de la competencia atribuida a la Unidad Fiscal Norte —Equipo Fiscal C— (fs. 245 y 249).

El titular de la Fiscalía aludida dictaminó a favor de la competencia del fuero Contencioso Administrativo y Tributario local en la medida que "la disposición cuestionada fue dispuesta por la Dirección General de Fiscalización y Control, la que resulta (...) autoridad pública de la Ciudad" (fs. 250).

7. El 8 de marzo de 2010 el juez en lo Penal, Contravencional y de Faltas resolvió "no aceptar la incompetencia planteada por la titular del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 11 de la Ciudad" con fundamento en los arts. 1º y 2º, CCAyT y art. 48, ley 7 (fs. 253), y devolvió los autos al juzgado previniente "invitando a la colega a elevar la causa de referencia a la instancia superior en caso de no compartir el criterio adoptado".

8. A fs. 259, la fiscal subrogante del fuero CAyT opinó que en "virtud del principio de unidad de actuación (...) y atento que no se han incorporado elementos que permitan modificar el criterio seguido por este Ministerio Público Fiscal (véase dictamen de fs. 23/24) respecto de la competencia, cabe concluir que el Tribunal resulta incompetente para entender en las presentes actuaciones, correspondiendo su remisión al Tribunal Superior de Justicia".

9. A fs. 260, compartiendo el temperamento expuesto por el Ministerio Público Fiscal del fuero a fs. 259, el titular del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 11 resolvió remitir las actuaciones a este Tribunal a los fines de que dirima la cuestión negativa de competencia suscitada en autos.

10. A fs. 263/266 el señor fiscal general opinó que resulta competente para entender en el caso el Juzgado de 1ª Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 17, por estimar que: *a)* "resulta razonable entender que la demandante pretende cuestionar —puntualmente— la clausura adoptada el 19/11/2008 respecto de la obra que se ejecutaba en su vivienda y, fuera confirmada originariamente por el Controlador de Faltas respectivo, supuesto que encuentra en las previsiones del art. 8º, *in fine*, de la ley 1217, que asigna competencia a la justicia Penal, Contravencional y de Faltas de esta Ciudad"; y *b)* "la postulación de la competencia del fuero Contencioso Administrativo y Tributario podría generar, en hipótesis similares a la de autos, decisiones judiciales encontradas respecto del mismo caso".

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. La cuestión traída a decisión del Tribunal posee notas análogas a la que se resolviera el 25 de octubre de 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 sostuve, junto a la jueza Ana María Conde, 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".

2. En el *sub lite* todo indica, como adelanté, que resulta aplicable una vez más dicha doctrina jurisprudencial, aún incluso cuando no estemos en presencia de un amparo sino, en principio, de una medida cautelar de las denominadas "autónomas", puesto que el elemento esencial es la intervención de la Unidad Administrativa de Control de Faltas que abre las puertas al procedimiento previsto por la ley 1217 y, por ende, determina la competencia de la justicia Penal, Contravencional y de Faltas.

En efecto, de acuerdo al contenido del escrito inicial se advierte con claridad que la pretensión de la actora en estos autos se orienta a lograr que se deje sin efecto la disposición 2544/DGFYCO/08 de la Dirección General de Fiscalización y Control el Gobierno de la Ciudad que ordenó, el pasado 21 de noviembre de 2008, ratificar la clausura inmediata y preventiva llevada a cabo el 19 de noviembre de 2008 por inspectores de la DGFOC en la obra sita en la calle Migueletes 2380/2 PB, 1º y 2º, piso de esta Ciudad (fs. 11/12 y fs. 59); disposición que en su art. 4º, parte resolutiva, dio intervención a la Unidad Controladora de Faltas.

Asimismo, la documental agregada en autos corrobora la existencia de, al menos, un legajo administrativo que tramitó bajo el nº 180.649-00/08 inicialmente por ante la Unidad Administrativa de Control de Faltas Nº 57 (fs. 131 y 136) y que luego fue radicado por "ausencia de su titular" ante la Controladora nº 11 (fs. 145/147), originado en la disposición 2544/DGFYCO/08 y, según la Controladora de Faltas Nº 57, "en base a acta de comprobación 2 14002258, 2 14002257 en las que se

expresa: 'Se clausura por no acatar la paralización de las obras sin permiso incumpliendo intimación... que tramita en esta Unidad de Control de Faltas Nº 57 a mi cargo'" (fs. 127).

Por otra parte, se encuentra acreditado en estas actuaciones que fue la propia Sra. Controladora Administrativa de Faltas Nº 11, quien en el legajo nº 180.649-000/08 dispuso el levantamiento de la medida cautelar decretada por disposición 2544/DGFYCO/08 contra la Sra. Costa —en un primer momento de manera condicional (fs. 152/154)— y luego de manera definitiva en atención a la "subsanación de las causales que dieron origen a la clausura" (fs. 251/252).

3. En virtud de lo expuesto, teniendo en cuenta que la competencia debe decidirse en función de los elementos acreditados en la causa (conf. mi voto en "Luna, María Beatriz c/Fiscalía en lo Contravencional y de Faltas Nº 10 y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia", expte. nº 5670/07, resolución del 13/2/2008) y la doctrina de este Tribunal arribada en la citada causa "Mercado Romero", entiendo que corresponde atribuir la competencia para entender en estas actuaciones al Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 17, de acuerdo a lo establecido por los arts. 8º, 24 y 27, ley 1217.

A mayor abundamiento, no puede soslayarse que también se encuentra acreditada en autos la intervención de la Fiscalía de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 8 en la causa caratulada "Costa, Stella Maris s/inf. arts. 73, violar clausura CC", bajo el nº 40.706/08 (fs. 162), así como la intervención de la Fiscalía de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 3, en la causa 41.722/08 caratulada "Costa, Stella Maris s/inf. art(s). 73, violar clausura impuesta por autoridad judicial o administrativa – CC", (fs. 172), acumuladas en su momento por razones de conexidad —según da cuenta la constancia de fs. 178— y luego archivadas por la Fiscalía Nº 8, según resolución glosada a fs. 1/2.

4. Para finalizar, ya en un plano de apreciación estrictamente personal, me permito señalar —también *obiter dicta*— que, al menos en apariencia, toda la actuación jurisdiccional que ha demandado la sustanciación de este expediente —reseñada con detalle en el "resulta"—, tan sólo con la finalidad de determinar cuál es el Tribunal local competente para entender en el caso, hoy bien podría llegar a resultar totalmente inútil, a tenor del citado informe de la Sra. Controladora Administrativa de Faltas Nº 11, fechado el 2 de marzo próximo pasado, que da cuenta del "levantamiento de la medida cautelar de clausura que pesaba sobre la obra" de la calle Migueletes nº 2380/82 de esta Ciudad ante "la subsanación de las causales" que le dieron origen (fs. 251/252), circunstancia que, por un momento, me hace sentir inmerso en una atmósfera que remite al clima de ciertas obras del notable escritor checo Franz Kafka.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Coincido con la solución propuesta por el señor juez de trámite. En efecto, en virtud del trámite que han tenido los presentes autos, corresponde declarar la competencia del fuero Penal, Contravencional y de Faltas.

2. Tal como he sostenido al emitir mi voto en el expediente "Mercado Romero, Heriberto Román c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia", expte. nº 5506/07; en materia de competencia deben primar los criterios más racionales posibles para despejar las dudas en la atribución de las causas. Así, debe tomarse en cuenta: *a)* las disposiciones expresas y específicas sobre el particular que mantienen su vigencia en tanto no haya norma expresa que las modifique; *b)* la prioridad que tienen los magistrados especializados en los asuntos que deben decidir frente a los que no poseen, al menos formalmente, tal especialización, pues ello es una garantía de idoneidad técnica para el usuario del sistema; *c)* la posibilidad que tenga el juez de realizar actividades ordenatorias que no importen, a su vez, un desplazamiento de competencia; e) el respeto por el sistema de designación de magistrados que, precisamente, han recibido su nombramiento considerando sus antecedentes y versación en la materia en la que deben resolver; etcétera.

3. Voto en consecuencia por declarar la competencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 17 para intervenir en este expediente.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Coincido con la solución propuesta en el voto de mi colega, juez de trámite José O. Casás, en tanto como allí se afirma, la cuestión traída es similar a la que se resolviera el 25 de octubre de 2007, en los autos "Mercado Romero, Heriberto Román c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia", expte. nº 5506/07.

2. La compulsa de las actuaciones demuestra que, para lo que ahora importa, se pretende controvertir una clausura dispuesta por la Dirección General de Fiscalización y Control del GCBA que fue mantenida por un Controlador de Faltas (fs. 51 y 59) y posteriormente levantada en atención a la "subsanación de las causales que dieron origen" a esa medida (fs. 251/252).

En el precedente *supra* citado sostuve que debe atribuirse la competencia al fuero Penal, Contravencional y de Faltas cuando se cuestiona tanto una clausura preventiva —función administrativa— como cuando la autoridad impone sanciones en los términos de la ley 1217 —función materialmente jurisdiccional de la administración—, toda vez que de acuerdo al principio general del art. 27 de la ley aludida corresponde intervenir a dicho fuero sin distinción, aun cuando pudiera ser opinable teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad administrativa involucrada.

La radicación de la causa ante el fuero PCyF, incluso aunque pudiera serlo exclusivamente para archivar el legajo, debe responder a la pauta legal indicada cuya interpretación y recta aplicación, ya abordada por precedentes de este Tribunal

("Mercado...", ya citado entre muchos otros), pudo evitar el dispendio al que alude, con compartible criterio, el juez de trámite en el punto 4 de su voto.

3. El modo en que fijaron posición los magistrados que trabaron esta contienda, impone señalar que no son las previsiones de la ley de amparo (art. 7º, ley 2145) las que deben ser analizadas para determinar la radicación de estos 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. 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. 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 (conf. entre otros mi voto en "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).

En virtud de lo expuesto, de acuerdo con lo dictaminado por el señor fiscal general, y los argumentos concordantes del voto del señor juez de trámite, corresponde atribuir la competencia para entender en estas actuaciones al Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 17.

La jueza Ana María Conde dijo :

Me adhiero al voto del Señor juez de trámite, Dr. José O. Casás.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* la competencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 17 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 11 y se remita el expediente al juzgado declarado competente.

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

XCVII

"PARRILLI S/RECURSO"

DESTITUCIÓN DE JUEZ: Jurado de enjuiciamiento. Procedimiento de remoción. Contestación de traslado de recurso. Prórroga.

SUMARIO:

1. La circunstancia de que no exista regulación legal del recurso previsto en el art. 29 de la ley 54 —Jurado de Enjuiciamiento y procedimiento de remoción de magistrados e integrantes del Ministerio Público— no autoriza a conceder la prórroga solicitada por el Consejo de la Magistratura para contestar el traslado del recurso interpuesto por la jueza destituida, pues prima el principio procesal de perentoriedad de sus plazos. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhieren los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, Luis F. Lozano, Marta Paz y Carlos F. Balbín).*

Expte. SAO n° 7073/10 - 30/4/2010

VISTO:

el expediente citado en epígrafe,

RESULTA:

1. A fs. 88, punto 4, se corrió traslado por diez (10) días al Consejo de la Magistratura de la Ciudad del recurso interpuesto por la Dra. Parrilli en los términos del art. 29 de la ley 54, contra la sentencia del Jurado de Enjuiciamiento que la destituyó de su cargo de jueza.

2. A fs. 88 el Consejo de la Magistratura solicitó prórroga del plazo otorgado para la contestación del traslado.

Sustentó su petición en que el plazo es "exiguo", en el requerimiento simultáneo de extracción de fotocopias del expte. SCD-187/09-0 correspondiente al proceso de destitución aludido, en la "voluminosidad de la documentación a analizar", y

"la índole de las cuestiones traídas a debate", y en la ausencia de regulación legal acerca del recurso de mención.

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. La circunstancia de que no exista regulación legal del recurso previsto en el art. 29 de la ley 54 no por ello autoriza a conceder la prórroga solicitada, pues prima el principio procesal de perentoriedad de sus plazos.

Como se mencionó a fs. 88, punto 4, el traslado se concedió —por aplicación analógica— por el mismo plazo previsto para el recurso de inconstitucionalidad. De más está señalar que, para este último remedio, la ley no prevé la posibilidad de otorgar prórroga alguna.

Además, el plazo coincide con el establecido para la recurrente —la Dra. Parrilli— en el art. 29, de la ley 54 y, consecuentemente, es coherente con el principio de igualdad de las partes. Ello teniendo en cuenta que el Consejo de la Magistratura ha sido la acusadora (art. 116, inc. 8º, CCBA) en el proceso y actuaciones a los que alude como argumento para su solicitud de prórroga.

2. Por todo ello soy de opinión que no corresponde conceder la prórroga solicitada.

Los jueces Alicia E. C. Ruiz, Luis F. Lozano, Marta Paz y Carlos F. Balbín dijeron:

Nos adherimos al voto de la jueza Ana María Conde.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *No hacer* lugar a la prórroga solicitada por el Consejo de la Magistratura a fs. 89.

2º. *Mandar* que se registre y se notifique.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Marta Paz - Carlos F. Balbín.*

XCVIII

"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 EXTRAORDINARIO FEDERAL: Cuestión federal. Interpretación de normas infraconstitucionales. Cuestiones de hecho y prueba.

SUMARIOS:

1. El recurso extraordinario federal debe ser denegado ya que en este juicio no se 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, siendo la cuestión debatida en el presente, la interpretación y la aplicación de normas locales y de derecho común. *(Voto de los señores jueces Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz, José O. Casás y Ana María Conde).*

2. La invocación genérica de cláusulas constitucionales que la actora efectúa para justificar la existencia de cuestión federal (arts. 17, 18 y 19) no autoriza a habilitar la vía extraordinaria dado que no acredita la necesaria correspondencia que debe existir entre ellas y la decisión adoptada. *(Voto de los señores jueces Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz, José O. Casás y Ana María Conde.)*

Expte. SACAyT n° 6726/09 - 3/5/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La empresa Metrovías S.A. interpuso recurso extraordinario federal (fs. 551/572) contra la resolución de fecha 5 de febrero de 2010 (fs. 368/386) por la que el Tribunal admitió el recurso de queja y rechazó el recurso de inconstitucionalidad que su parte articulara.

2. El recurso fue contestado por el Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad de Buenos Aires, que solicitó su rechazo (fs. 576/579 vta.).

FUNDAMENTOS:

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

1. El recurso extraordinario federal planteado por Metrovías ha sido interpuesto en tiempo oportuno, sin embargo no puede prosperar.

2. En autos, la recurrente no alcanza a demostrar que la cuestión, cuya dilucidación pretende someter a la instancia extraordinaria, constituya una cuestión federal.

Ciertamente, el desconocimiento de las competencias locales, invocado para invalidar la sanción impugnada y reclamar la competencia federal *no viene fundado en norma federal alguna*, sino en la mera invocación de la cláusula del contrato de concesión 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., norma constitucional de la cual tampoco se hace cargo la recurrente.

Toda vez que en este juicio no se 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, la cuestión debatida en autos depende primordialmente, de la interpretación y aplicación de normas locales y de derecho común (v. gr. ley 210 y 24.240, *Fallos,* 324:4349)[5].

La referencia que, por otra parte, hace Metrovías a precedentes del Alto Tribunal tampoco permite tener por acreditada la presencia de un caso federal, en tanto ella no explica ni fundamenta cuáles serían las similitudes fácticas que justificarían adoptar —en este caso— la misma solución que en aquéllos.

El recurso extraordinario federal, entonces, no logra poner en juego alguno de los supuestos previstos por el art. 14 de la ley 48.

3. Tampoco autoriza a habilitar la vía extraordinaria la invocación genérica de cláusulas constitucionales que la actora efectúa para justificar la existencia de cuestión federal (arts. 17, 18 y 19), dado que la recurrente no acredita la necesaria correspondencia que debe existir entre ellas y la decisión adoptada. La CSJN ha establecido, al respecto, 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), hipótesis que no se verifica en el caso.

4. Además, 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— lo que

[5] El encuadre de la ley 24.240, como norma dictada en ejercicio de las competencias previstas en el art. 75 inc. 12 de la C.N., se completa con el precedente de *Fallos,* 324:1740 que atribuye carácter federal a las disposiciones de esa norma "en cuanto al régimen de sanciones que establece y a las competencias que atribuye a la autoridad de aplicación nacional".

priva al recurso del requisito de adecuada fundamentación exigido por la doctrina de *Fallos*, 283:404; 302:155; 311:169, 542; 316:420; entre muchos otros.

5. Finalmente, y como quedó expuesto en los párrafos precedentes, 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).

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).

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. 371, punto 4.

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

XCIX

"CENTRO DE VENTAS MONTEAGUDO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'GCBA C/CENTRO DE VENTAS MONTEAGUDO S.A. S/COBRO DE PESOS'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Competencia del fuero Contencioso Administrativo y Tributario local. Sentencia definitiva.

SUMARIO:

1. El recurso extraordinario federal debe rechazarse, ya que la recurrente no reclama la jurisdicción federal sino que pretende que el litigio se ventile ante la

justicia ordinaria —nacional en lo civil— que ya se declaró incompetente en autos, en lugar de la justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario local, por lo cual no ha quedado configurado un supuesto de excepción que permita sortear la ausencia de una sentencia definitiva requerida por la ley 48. *(Voto de los señores José O. Casás, Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. SACAyT n° 6620/09 - 3/5/2010

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

Centro de Ventas Monteagudo S.A. interpuso recurso extraordinario federal (fs. 119/132 vta. y fs. 137) contra la sentencia de fecha 14 de diciembre de 2009 (fs. 98/113) por la que este Tribunal rechazó la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado deducido por dicha parte.

El recurso fue contestado por la parte actora, quien solicitó su rechazo (fs. 141/151).

FUNDAMENTOS:

Los jueces José O. Casás, Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde dijeron:

1. El recurso extraordinario planteado por Centro de Ventas Monteagudo S.A. debe ser denegado, por los motivos que se expondrán a continuación.

2. En primer lugar, resulta oportuno recordar que la sentencia que se objeta mediante el presente recurso extraordinario federal rechazó la queja deducida por Centro de Ventas Monteagudo S.A., en apretada síntesis, porque no se encontraban reunidos los requisitos de procedencia previstos en el art. 27 de la ley 402 para el recurso de inconstitucionalidad local y que, por su parte, la resolución de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo CAyT que la demandada oportunamente intentó someter a decisión de este Estrado fue aquella que confirmó el rechazo dispuesto en primera instancia de la excepción de incompetencia que planteara.

3. Ante estas circunstancias, constituye un óbice a la concesión del presente recurso la reiterada doctrina de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación que sostiene que las decisiones que declaran la improcedencia de los recursos deducidos ante los tribunales locales mediante fundamentos de hecho y de derecho procesal local que bastan para sustentarlos no son revisables en la instancia extraordinaria (conf. *Fallos*, 299:268; 302:1039; 307:819; 311:100, entre muchos otros).

4. Por otro lado, también abona la solución apuntada el hecho que el pronunciamiento que se pretende impugnar no reúne la calidad de definitivo, conforme

lo exige el art. 14 de la ley 48, ni tampoco puede ser equiparado a uno de tales características.

En este punto, la demandada aduce que "...no existe instancia alguna que permita revisar el rechazo de la excepción de incompetencia de jurisdicción planteada y que el sometimiento de mi parte a su juzgamiento ante los Tribunales en lo Contencioso Administrativo y Tributario lesiona la garantía constitucional de ser juzgado por los jueces naturales...". Sin embargo, no aporta ningún argumento que permita apartarse de la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal federal que en forma constante ha sostenido que las decisiones judiciales sobre determinación de competencia no autorizan, como regla, la apertura de la instancia extraordinaria, por no estar satisfecho el recaudo de sentencia definitiva, a menos que medien determinadas circunstancias excepcionales que permitan equipararlas a tales, como la denegatoria del fuero federal (*Fallos*, 310:1486, 2214, 315:66, 324:533; 326:4352; 327:312, 4650, entre otros). Tampoco esgrime argumentos para desatender aquella jurisprudencia del alto estrado que expresa que 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).

Así las cosas, toda vez que la recurrente no reclama la jurisdicción federal sino que, en cambio, pretende que el litigio se ventile ante la justicia ordinaria —nacional en lo civil— que ya se declaró incompetente en autos, en lugar de la justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario local, no ha quedado configurado un supuesto de excepción que permita sortear la ausencia de una sentencia definitiva sobre las cuestiones ventiladas en el *sub examine*.

5. Finalmente, se advierte que la recurrente tampoco ha cumplido acabadamente con los recaudos señalados en los arts. 1º, 2° y 3º del reglamento aprobado por la acordada 4/07 de la CSJN.

Así, el escrito supera los veintiséis (26) renglones permitidos por el art. 1º. También, se ha omitido efectuar en la carátula (art. 2º) la mención clara y concisa de las cuestiones planteadas como de índole federal (inc. i). Además, la presentación —como se vio— no cumple con los extremos exigidos en los incs. a) y c), del art. 3º, ni efectúa (tampoco 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).

6. En atención a las razones expuestas, corresponde denegar el recurso extraordinario federal interpuesto por Centro de Ventas Monteagudo S.A. 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 dijo:

Adhiero al voto de mis colegas, los jueces José O. Casás, Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde.

Asimismo, cabe señalar que, por las razones que desarrollé al rechazar la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, la invocada afectación de la garantía de juez natural —susceptible de tutela inmediata— carece de relación directa con lo resuelto.

Finalmente, 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 ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal planteado por Centro de Ventas Monteagudo S.A., con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita como está ordenado a fs. 104, punto 4.

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

C

"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.'"

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).*

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 sus votos los señores jueces remiten a sus fundamentos vertidos en el expte. n° 5428/07, "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.'", sentencia del 9/4/2008.

Expte. SACAyT n° 6823/09 - 5/5/2010

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. 282/298) contra la resol. 75/EURSP/CABA/07 emitida por el Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que le impuso una multa de $ 6.112 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. 282) 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. 75/EURSP/CABA/07 (conf. arts. 189 y ss. del CCAyT) y que se intimara al Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad para que remitiera el expte. nº 531/EURSP/CABA/05, en cuyo marco se dictara la resolución en crisis.

2. En lo que aquí interesa, la Sala I resolvió: *i)* desestimar el planteo efectuado por el accionante y, en consecuencia, declarar la competencia de ese tribunal para conocer en autos, *ii)* declarar inconstitucional el art. 22, inc. 5º, de la ley 210, *iii)* declarar 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. 300/309 vta.).

3. Contra la resolución de la Cámara, la impugnante interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 310/318 vta.).

4. El *a quo* —previo traslado al GCBA del recurso de inconstitucionalidad articulado por la parte actora (el que fue contestado a fs. 319/328 vta.)— decidió no concederlo (fs. 330/331 vta.).

En relación con ese recurso, los jueces señalaron que el pronunciamiento atacado no reunía la condición de definitivo con relación a ninguna cuestión constitucional y que tampoco la recurrente había logrado demostrar que la resolución le ocasionase un perjuicio irreparable que permitiera equipararla a una de tales características.

5. Contra esa decisión, la actora dedujo la queja que tramita en autos (fs. 343/355).

6. Requerido su dictamen, el fiscal general adjunto propuso que se considerase procedente el recurso directo y se desestimase el recurso de inconstitucionalidad deducido (fs. 361/367).

FUNDAMENTOS:

Los jueces LUIS F. LOZANO y JOSÉ O. CASÁS dijeron:

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 propiciamos es idéntica a la adoptada en el precedente indicado.

Por ello, nos remitimos —en lo pertinente— a los votos que emitiéramos 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. Las costas se imponen a la vencida, por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 62, primer párrafo, CCAyT).

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Tal como lo destaca lo Dres. Luis F. Lozano y José O. Casás en su voto, la cuestión traída a conocimiento de este TSJBA es sustancialmente similar a la resuelta en la causa "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, cuya copia deberá agregarse por Secretaría.

Por ello, voto por admitir la queja y rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Metrovías S.A. Las costas se imponen a la vencida, por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 62, primer párrafo, CCAyT).

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

La cuestión de autos es sustancialmente análoga a la que motivara la intervención de este Tribunal 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 propicio idéntica solución a la arribada en aquel precedente.

Por razones de brevedad me remito a los fundamentos que expusiera en los apartados 1 y 5 del expte. nº 5428, incorporados a esta causa. Corresponde, entonces, rechazar la queja intentada.

Así lo voto.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Admitir la queja* y rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Metrovías S.A., con costas.

2º. *Agregar* a este expediente copia de la sentencia dictada por el Tribunal con fecha 9 de abril de 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).

3º. *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 - José O. Casás.*

CI

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'MANES, SILVINA C/GCBA S/DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESP. MÉDICA)'"

RECURSO DE QUEJA: Caso constitucional. Sentencia definitiva. Tribunal superior de la causa. Deserción del recurso de apelación. Equiparación a sentencia definitiva. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO: Actividad lícita. Presupuestos. Daño moral. Arbitrariedad de sentencia. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: Derecho de defensa en juicio.

SUMARIOS:

1. Si bien, como regla, las decisiones que declaran desiertos recursos mediante los cuales el litigante busca obtener el pronunciamiento final del superior tribunal de la causa no son revisables en tanto no resuelven el pleito y remiten al examen de cuestiones de hecho, prueba y derecho procesal, sí se equiparan a sentencia definitiva cuando se demuestra que ellas constituyen un obstáculo que frustra arbitrariamente

la revisión que a este Estrado le asigna el art. 113, inc. 3º, de la CCBA, por la vía de eludir el superior de la causa la emisión del fallo que pone fin al pleito. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

2. Es doctrina recibida aquella según la cual cuando la actividad lícita del Estado opera como causa eficiente de un perjuicio para particulares, cuyo derecho se sacrifica de modo especial para obtener un beneficio en favor del interés general de la comunidad, esos daños suscitan la responsabilidad estatal y generan el deber de reparar, cuyo fundamento encuentra apoyo en las previsiones de los arts. 11 y 51 de la CCBA que garantizan la igualdad ante las cargas públicas. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. La compensación acordada por los jueces de mérito, relativa a aspectos privativos de esos magistrados que no vienen impugnados, agota la protección que emana de las cláusulas constitucionales aplicables y deja sin sustento la posibilidad de conceder una reparación mayor, como la del daño moral discutido, porque ese rubro excede la medida en que el sacrificio impuesto a la accionante puede hacerse pesar sobre el conjunto de la sociedad. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. Las objeciones del GCBA deben progresar porque demuestran que la sentencia impugnada, en cuanto fue materia de agravio, vino a acordar un derecho que no encuentra sustento normativo y excede el ámbito de protección de las cláusulas constitucionales aplicables, por lo que corresponde admitir la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad y rechazar la demanda en relación con el daño moral reconocido. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

5. Aunque, en principio, la resolución judicial que declara desierto un recurso de apelación no satisface el recaudo objetivo de impugnación previsto en el art. 27 de la ley 402 —conforme el cual la sentencia definitiva debe emanar del tribunal superior de la causa—, sucede lo contrario cuando la resolución de la Cámara que desestima la apelación por defectos del memorial de agravios deja firme la sentencia definitiva de primera instancia, poniendo fin al litigio e inhibiendo cualquier revisión posterior. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. La Cámara desestimó en forma arbitraria el tratamiento de los serios argumentos enunciados por el GCBA en el memorial de agravios contra la sentencia de primera instancia, con los que se opuso a la procedencia del daño moral basándose en que no corresponde su indemnización en supuestos de responsabilidad del Estado por actividad lícita, ya que no existe el acto contrario a derecho que es antecedente necesario de este tipo de resarcimiento. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

7. La forma en que la señora jueza de primera instancia tuvo por acreditada la existencia del daño moral invocado por la actora, está fundada en argumentaciones inexactas y carentes de fundamento, configurando un supuesto de sentencia arbitraria lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva que amerita la apertura de la presente instancia recursiva extraordinaria y la revocatoria de la sentencia. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

8. Para que exista responsabilidad del Estado por su actividad legítima debe constatarse la concurrencia de los siguientes presupuestos: la imputabilidad material

de la actividad a un órgano del Estado en ejercicio u ocasión de sus funciones; la existencia de un daño — patrimonial y/o moral— cierto, concreto y actual; relación de causalidad entre el daño sufrido y la acción u omisión que lo provocó; la existencia de un perjuicio especial en el afectado; y la ausencia de un deber jurídico de soportar el daño. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

9. La actora no acreditó el daño moral invocado, mediante la correspondiente prueba, y a su requerimiento la cuestión fue declarada de puro derecho, por lo que, a raíz de la propia conducta procesal de la accionante, no existe ninguna prueba que permita formar convicción acerca de la existencia y entidad de los padecimientos espirituales que presuntamente sufriera. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

10. Cabe hacer lugar al recurso de queja pues se ha acreditado que el pronunciamiento del tribunal superior de la causa que se pretende traer a conocimiento de este Estrado resulta equiparable a una sentencia definitiva, en tanto cierra definitivamente el debate sobre el fondo de la cuestión debatida en estas actuaciones como así también la existencia de una cuestión constitucional, recaudo requerido para habilitar la intervención de este Tribunal por la vía intentada. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

11. Los cuestionamientos desarrollados por el GCBA están respaldados por razonamientos concretos que, más allá de su acierto o error, debieron ser contestados por la Cámara, que al omitir su tratamiento ha provocado la afectación del derecho de defensa en juicio del GCBA, tutelado a nivel constitucional —art. 18, C.N. y 13.3, CCBA—. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

12. El resarcimiento pecuniario que la actora pretende a raíz del daño moral que alega haber sufrido por la actividad normativa del Estado reputada lesiva, no puede prosperar pues la sintética afirmación de la interesada acerca de "las aflicciones y mortificaciones padecidas durante todo el lapso en el cual se me impidió ejercer la judicatura luego de un extenuante y estresante concurso" no resulta suficiente para formar convicción en punto a la entidad de los padecimientos extrapatrimoniales que se alega haber sufrido, para luego poder determinar, en el caso, el reconocimiento de un resarcimiento a cargo de la caja estatal por este concepto, en la medida en que la indemnización no puede representar un enriquecimiento sin causa para quien invoca ser damnificado. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

13. Es regla general que la providencia que declara desierto un recurso de apelación no resulta revisable por el Tribunal Superior de Justicia porque se trata de una resolución interlocutoria que no resuelve el pleito, ya que remite a cuestiones ajenas a esta instancia extraordinaria y de exclusiva competencia del tribunal encargado de conocer del recurso de apelación. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

14. El apartamiento de la regla general que sostiene que la providencia que declara desierto un recurso de apelación no resulta revisable por el Tribunal Superior de Justicia porque no se trata de una sentencia definitiva, sin que existan elementos que lo justifiquen, convertiría subrepticiamente la queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad en una plataforma para tratar el recurso por apelación denegada. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. SACAyT nº 6663/09 - 5/5/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Silvina Andrea Manes promovió demanda de daños y perjuicios contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) "...en virtud de la responsabilidad emergente por el accionar lícito acaecido en ocasión de la sanción y aplicación efectiva de la ley 1086..." (fs. 1/14).

Relató que el Consejo de la Magistratura local dictó la resol. 156/99 mediante la cual llamó a concurso público para la cobertura de doce (12) cargos de juez/a de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas de la Ciudad; así como la resol. 421/02, del 29/11/2002, por la que aprobó el acta nº 85/02, dio por finalizado el concurso, y propuso a la Legislatura la terna definitiva —que la incluía— para la cobertura de los doce (12) cargos concursados. Puntualizó que el 18/12/2002 se publicó en el *Boletín Oficial de la CABA* la ley 935 —modificatoria de la ley 7— que fue expulsada del ordenamiento local, en relación a la redacción del cuarto párrafo que pretendía introducir en el art. 9º de la ley 7 —en los términos del art. 24 de la ley 402—, de conformidad con lo decidido por este Tribunal en los autos "Gil Domínguez, Andrés c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 2671/03, sentencia de fecha 20 de octubre de 2004. También, que con fecha 30 de mayo de 2003 se publicó en el *Boletín Oficial de la CABA* la ley 1086, que sustituyó la disposición transitoria tercera de la ley 7, y estableció la integración paulatina del fuero Contravencional y de Faltas. A su vez, acotó que la Legislatura, por resol. 4/03 de la Junta de Ética, Acuerdos y Organismos de Control, convocó para el 11/7/2003 a la audiencia pública prevista por el art. 120 de la CCBA, que se habría realizado en la fecha indicada "...sin ningún inconveniente u obstáculo...". Argumentó, por otra parte, que el fallo dictado por este Tribunal en el caso "Gil Domínguez" (antes citado) tuvo como principal consecuencia la designación ficta de —entre otros— su parte, por haberse operado el plazo previsto por el art. 118 de la CCBA. Afirmó, además, que el 27/11/2003 se tomó el juramento o compromiso previsto por el art. 109 de la CCBA a los integrantes de las Salas I y II de la Cámara de Apelaciones del fuero Contravencional y de Faltas, y que con fecha 17/3/2005 efectuó una petición ante el Consejo de la Magistratura de la Ciudad, poniendo a disposición de dicho cuerpo sus servicios como jueza de la Cámara de Apelaciones del fuero Contravencional y de Faltas, en concordancia con lo resuelto por este Tribunal en la causa "Paz, Marta y otros c/GCBA s/amparo", expte. nº 3167/04, sentencia de fecha 3 de marzo de 2005.

Sostuvo, por tanto, que entre el 27/11/2003 y el 1º/12/2005 debería haberse desempeñado como jueza de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas, con la correspondiente percepción de haberes, y que dicha situación se vio impedida por la efectiva aplicación de la ley 1086. Atribuyó responsabilidad

al Estado en atención a que, según refirió, existió un daño cierto consistente en la diferencia económica entre lo percibido en el período indicado y el monto que debió percibir como jueza de cámara. Afirmó que existía una relación de causalidad entre el accionar del Estado y el perjuicio sufrido, atento la promulgación y efectiva aplicación de la ley 1086. Dijo haber sufrido un sacrificio especial, que no se veía obligada a soportar, toda vez que la ley 1086 implicaba una serie de beneficios para el conjunto de la comunidad, sin que —a su entender— pesara sobre ella un deber constitucional o legal de soportar el daño sufrido por la aplicación efectiva de dicha ley.

En síntesis, reclamó daño emergente, también daño moral. Cuantificó tales rubros en la suma de $ 45.036 y $ 30.000, respectivamente. Identificó, al primero, como la "...utilidad verificable que surge de la diferencia del monto emergente entre lo que se percibió efectivamente y lo que tendría que haber percibido conforme la condición de juez de Cámara del fuero Contravencional y de Faltas durante el período comprendido entre el 27 de noviembre de 2003 y el 1º de diciembre de 2005...". Al segundo "...con las aflicciones y mortificaciones padecidas durante todo el lapso en el cual se [le] impidió ejercer la judicatura luego de un extenuante y estresante concurso...".

2. El GCBA, al contestar la demanda, solicitó su rechazo (fs. 15/18). Fundamentalmente, consideró que: *a)* no concurrían en su totalidad los presupuestos determinantes de la responsabilidad; *b)* la decisión legislativa no privó a la actora de ningún derecho adquirido diferenciado y cuya propiedad detentara y ejerciera efectivamente al momento del pronunciamiento del órgano legisferante; *c)* la conformación paulatina del fuero no solo era atribución del Poder Legislativo, sino que estaba expresamente prevista en la ley 7, por lo que los jueces designados tenían el deber jurídico de afrontar una eventual demora en cuanto a su completa efectivización como tales; *d)* la demora insumió un lapso que la interesada no tildó de excesivo o irrazonable; *e)* la actora siguió ejerciendo los cargos que ostentaba en ajena jurisdicción; *f)* se requería un perjuicio real y concreto, diferenciado del sueldo que accede a prestaciones no cumplidas, *g)* la demanda no describía ningún daño específico como consecuencia de la decisión legislativa; *h)* no se invocó especiales perjuicios derivados de la disminución de un sueldo anterior o la falta absoluta de emolumentos durante cierto lapso; *i)* no se trataba de la pérdida de un bien existente e incorporado al patrimonio sino, a lo sumo, de la frustración de expectativas de mayores ingresos; *j)* la hipotética frustración no se equiparaba matemáticamente con las diferencias salariales que se reclamaba en la demanda, porque los sueldos frustrados respondían a prestaciones legítimamente excluidas y aquéllas se compensaban con la posibilidad de asumir otros desempeños o continuar desempeñando los habituales; en el caso, los correspondientes al cargo de Defensora Pública Oficial de Pobres, Incapaces y Ausentes que detentaba la actora; y *k)* el daño moral debía ser desestimado, en tanto no tendía a reparar las molestias e incomodidades, e inclusive las ocasionales frustraciones que pudieran ocurrir en el transcurso de la vida personal y profesional; y aquí, la conducta estatal había sido lícita y la ley

1086 no rozaba en forma alguna los valores personales y profesionales de la actora, sino que se trataba de una cuestión eminentemente organizativa y estructural que no calificaba, ni tenía en cuenta, ni se dirigía a una persona en particular.

3. La jueza de primera instancia —previa declaración de la causa como de puro derecho— hizo lugar a la demanda interpuesta por Silvina Andrea Manes, con costas al GCBA (fs. 19/20).

Con sustento en lo resuelto por este Tribunal en los autos "Paz, Marta y otros c/GCBA", sentencia de fecha 3 de marzo de 2005, la jueza de grado consideró —en cuanto al actuar lícito del Estado local en el dictado de la ley 1086 y a la eventual responsabilidad que su aplicación podría llegar a generar— que sólo restaba verificar el cumplimiento de los requisitos para la configuración de responsabilidad del Estado por su actividad lícita. En este sentido, entendió que en dicho pronunciamiento este Tribunal habría reconocido la posibilidad de un eventual reclamo de resarcimiento económico por parte de la actora. Concluyó que en autos se encontraban probados los hechos alegados por Silvina Andrea Manes y por cumplidos los requisitos que tornaban viable el reclamo del resarcimiento de los daños y perjuicios que ella peticionaba. Señaló, respecto del daño emergente reclamado por la actora, que la liquidación provisoria practicada por dicha parte en relación a este rubro (diferencia entre el sueldo percibido en su carácter de Defensora Oficial y el que le hubiera correspondido como jueza de Cámara) sólo constituía un parámetro del *quantum* económico del resarcimiento y no el objeto del reclamo. En cuanto al daño moral, ponderó que mediante las constancias de la causa la actora había logrado acreditar adecuadamente la existencia de un perjuicio de índole personal originado en el evento dañoso, que tuvo como causa la demora de casi dos años y medio entre su designación como jueza de Cámara y la puesta en funciones.

4. Disconforme con dicho pronunciamiento, el GCBA dedujo la apelación correspondiente (fs. 21/24 vta.).

Argumentó —en lo que importa a esta queja— que: *i)* lo decidido por el TSJBA en la causa "Paz, Marta y otros c/GCBA", sentencia de fecha 3 de marzo de 2005, no conllevaba la configuración automática de su deber de indemnizar, ni excusaba la ausencia de los demás presupuestos de la responsabilidad, en particular el daño sufrido; *ii)* lo que se estaba juzgando era la responsabilidad estatal por actividad lícita; y si no existía ilegitimidad alguna en la conducta del ente público, era evidente que resultaba desplazado el art. 1078 del Cód. Civil, el que expresamente contempla la reparación en examen como un aspecto específico de "la obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos" (fs. 23 vta./24, el resaltado pertenece al original) se presentasen éstos en el ámbito tanto extracontractual como contractual; y *iii)* la actora no había logrado acreditar adecuadamente la existencia de un perjuicio de índole personal originado en el evento dañoso que se examinaba en la causa: no probó la actora ni las aflicciones ni las mortificaciones padecidas durante el lapso en el cual se le impidió ejercer la judicatura "...luego de un extenuante y estresante concurso...".

5. La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario resolvió: "...Declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por la demandada, sin costas de esta Alzada atento la ausencia de controversia...", en tanto no existía por parte del GCBA una observación clara y explícita de los fundamentos contenidos en la decisión apelada, ni señalaba en concreto las partes del pronunciamiento recurrido que consideraba equivocadas, no demostraba su ilegalidad, injusticia o arbitrariedad, así como tampoco el perjuicio cierto ocasionado a su parte. En lo relativo al daño moral, señaló que el GCBA se limitaba a "...afirmar que por tratarse de una actividad lícita la generadora del daño, ella no puede conllevar la obligación de indemnizar el daño moral causado y que, por otra parte, no se encuentra probado en autos la ocurrencia de dicho daño..." (fs. 26/28 vta.).

6. El GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 29/38 vta.).

Centró sus agravios —exclusivamente— en "...la deserción del recurso en cuanto a la admitida indemnización por daño moral y, obviamente, a la procedencia de este tipo de reparación en casos en que, como el actual, se irrita la responsabilidad estatal en ausencia de toda ilicitud..." (fs. 32 vta.), pues "...entiende inconstitucional la negativa a tratar los agravios referidos a la procedencia de la indemnización por daño moral" (fs. 35). Calificó de arbitraria la sentencia recurrida, dado que ella: *1)* no atendía a las particularidades del caso y a las constancias de la causa; 2) efectuaba una interpretación manifiestamente irrazonable del art. 236 del CCAyT, en función de las concretas constancias de la causa; *3)* era ritualista, por cuanto daba preeminencia a la forma por sobre el fondo, vulnerando el principio de interpretación y aplicación del derecho al caso concreto; privando a su parte de su derecho a la doble instancia; y *4)* afectaba la garantía constitucional del debido proceso y defensa en juicio; violaba la igualdad de las partes en el proceso, favoreciendo a una de ellas al inhibirse de analizar los argumentos seriamente propuestos por su parte. Puntualizó, además, la trascendencia institucional de la cuestión planteada, toda vez que lo juzgado en esta causa incidía sobre los alcances y eventuales límites de la responsabilidad estatal por actividad lícita y sobre los presupuestos y recaudos de procedencia sobre la indemnización por daño moral, en general y en el caso particular en que había sido discernida en esta causa (fs. 38 y vta.).

7. La Cámara de Apelaciones —previo traslado a la parte actora del recurso de inconstitucionalidad articulado por el GCBA (el que fue contestado a fs. 39/43)— decidió "...No conceder el recurso de inconstitucionalidad interpuesto. Costas a la demandada vencida..." por considerar que las situaciones en las que excepcionalmente se había admitido la causal de arbitrariedad no se verificaban en el caso, pues la sentencia podía ser objeto de críticas jurídicas "...pero no ser descalificada como autocontradictoria, o carente de lógica o de insuficiente fundamentación jurídica...". Añadió la alzada, que cuestiones de índole procesal —como en la presente— resultaban ajenas, como principio, al remedio procesal intentado y el GCBA no había esgrimido fundamentos adecuados que permitieran conmover dicha circunstancia. Afirmó, por otra parte, que las objeciones del recurrente no venían sino a confirmar

de forma categórica su mera discrepancia con la manera en que dicho tribunal había resuelto la cuestión traída a su conocimiento, pues ellas resultaban "...sólo cuestionamientos con respecto a cuestiones de hecho y prueba, aspectos ajenos al ámbito del recurso extraordinario de inconstitucionalidad..." (fs. 45/46). Señaló, además, la improcedencia de la gravedad institucional alegada por el GCBA.

8. Frente a la no concesión del recurso por parte de la Cámara de Apelaciones, el GCBA articuló la presente queja (fs. 48/59 vta.).

Amén de las críticas dirigidas contra la sentencia recurrida en oportunidad de la interposición del recurso de inconstitucionalidad, el GCBA aquí puntualizó que no podía existir "mera discrepancia con la manera en que este tribunal resolvió la cuestión..." cuando sus argumentos no fueron ni siquiera tratados. Según afirmó, los puntos 2.4 y 2.5 de la fundamentación del recurso de apelación expresaron una crítica puntual al reconocimiento de indemnización por daño moral; no obstante lo cual, el *a quo* no los controvirtió o desechó; ni siquiera consideró necesario tratarlos. En resumidas cuentas, la Cámara no asumió ninguno de los argumentos llevados por su parte, en torno del daño moral: que se trataba de un supuesto de responsabilidad por actividad lícita, lo que desplazaba la aplicación del art. 1078 del Cód. Civil; que se había tenido por acreditados hechos negados sobre los que no se había producido prueba alguna, pues se había declarado la causa como de puro derecho. Insistió, por tanto, en que la cuestión constitucional derivaba de la negativa de la alzada a pronunciarse sobre el particular invocando presuntas carencias técnicas de la pieza recursiva. Por tal motivo, concluyó en que el pronunciamiento recurrido era arbitrario y trascendía los límites puntuales de un caso particular.

9. Requerido su dictamen, el fiscal general adjunto, propició el rechazo de la queja, ya que por la deserción del recurso de apelación las razones por las que se acogió la pretensión de la actora no provienen del superior tribunal de la causa. Agregó que en lo atinente a la declaración de deserción, el recurso trata sobre cuestiones de índole procesal, ajenas al recurso de inconstitucionalidad (fs. 64/65).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Aunque, como regla, las decisiones que declaran desiertos recursos mediante los cuales el litigante busca obtener el pronunciamiento final del superior tribunal de la causa no son revisables en tanto no resuelven el pleito y remiten al examen de cuestiones de hecho, prueba y derecho procesal, sí lo son cuando se demuestra que ellas constituyen un obstáculo que frustra arbitrariamente la revisión que a este estrado le asigna el art. 113, inc. 3º, de la CCBA, por la vía de eludir el superior de la causa la emisión del fallo que pone fin al pleito [véanse mis votos en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ocharán Márquez, Olimpia Zoila c/ GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 6024/08, sentencia del 17/12/2008; y en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Cornejo,

María Laura c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 6610/09, sentencia del 16/9/2009; *mutatis mutandi Fallos,* 35:302 y doctrina *Fallos,* 311:2478].

2. Esa situación de excepción ocurre en el *sub lite* porque 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, el recurrente muestra haber postulado objeciones concretas para impugnar la condena resistida. A su vez, entre las críticas formuladas en el recurso declarado desierto se incluyeron, para lo que ahora importa, agravios contra el reconocimiento del daño moral acordado en autos porque el recurrente lo estima ajeno al ámbito de la responsabilidad del Estado originada en su actividad lícita y, esa cuestión, remite a la interpretación de previsiones constitucionales de las que depende la procedencia de la indemnización del daño moral impugnado por el demandado (arts. 11 y 51 de la CCBA).

En consecuencia, conforme lo expuesto en el punto 1, corresponde admitir la queja y resolver el recurso de inconstitucionalidad.

3. Despejado lo anterior y, por tanto, superado el óbice contemplado en el dictamen del señor fiscal general adjunto, cabe recordar que la demanda de autos se limitó a reclamar la indemnización del daño emergente y moral originado en un supuesto de responsabilidad del Estado por actividad lícita, así como que los agravios del GCBA se circunscriben a cuestionar la procedencia del daño moral comprendido en la indemnización acordada por los jueces de mérito. En cambio, no viene discutido que los perjuicios reclamados permitan tener por configurado el invocado supuesto de responsabilidad por actividad lícita del Estado, ni la procedencia de la reparación por daño emergente o el modo en que ese rubro fue calculado. La sentencia atacada quedó firme en relación con tales cuestiones y eso impide analizar el modo en que se aplicó a las circunstancias de autos el pronunciamiento emitido por este Tribunal en autos "Paz, Marta y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 3167, sentencia del 3/3/2005, pues ello excede la revisión solicitada.

4. En tal contexto, asumido por lo sentencia que los daños reclamados fueron ocasionados por actividad lícita del Estado y que estarían dados los presupuestos de procedencia para ordenar su reparación, sólo resta establecer si asiste razón al GCBA cuando postula que la responsabilidad imputada —al estar originada en la responsabilidad del Estado por actividad legítima— no puede abarcar el daño moral reconocido por el pronunciamiento impugnado.

5. Es doctrina recibida aquella según la cual cuando la actividad lícita del Estado opera como causa eficiente de un perjuicio para particulares, cuyo derecho se sacrifica de modo especial para obtener un beneficio en favor del interés general de la comunidad, esos daños suscitan la responsabilidad estatal y generan el deber de reparar (*Fallos,* 301:403; 305:321; 306:1409, entre otros).

El fundamento del deber aludido encuentra apoyo en las previsiones de los arts. 11 y 51 de la CCBA que garantizan la igualdad ante las cargas públicas. La interpretación de tales preceptos es la que determina el alcance de una reparación originada en el accionar lícito del Estado. Ello así, porque el supuesto que nos ocupa no cuenta con una regulación específica como la que existe, por ejemplo, cuando se trata de delimitar el alcance de la reparación de los daños y perjuicios provocados a raíz de la revocación de actos administrativos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia (art. 18 de la LPA), ni se ha invocado la aplicación de alguna otra norma para sustentar la procedencia del daño moral reclamado que hubiera sido valorada conforme las pautas constitucionales en juego (véanse fs. 11 y 122 vta.).

Por tanto, una medida estatal que para satisfacer el bien común lesionara un derecho particular, de no arbitrarse alguna compensación, generaría que su titular o titulares soportaran los costos implicados en la obtención del interés general perseguido en mayor medida que el resto de la sociedad en su conjunto. Admitir que ese mayor costo pese exclusivamente sobre un individuo o sector en vez de quedar repartido entre toda la comunidad vulnera la garantía que asegura la igualdad ante las cargas públicas. Las obligaciones originadas en la responsabilidad del Estado por su actividad lícita se agotan cuando el damnificado queda en situación de paridad con el resto de la sociedad. Es ese el ámbito de protección que acuerdan los preceptos constitucionales en juego.

6. El pronunciamiento impugnado, según ya fue dicho, está firme en cuanto tuvo por configurado un supuesto de responsabilidad por actividad lícita y acordó una reparación por el daño emergente que se estimó ocasionado. Conforme quedó resuelto el pleito en los aspectos reseñados, la sentencia atacada consideró que la ley 1086, al reducir la cantidad de jueces que integrarían la por entonces Cámara Contravencional y de Faltas, en función de las necesidades del servicio de justicia y el interés público comprometido, generó que la actora pese a estar designada como jueza, haberse mantenido a disposición para ejercer el cargo y no haber sido removida, no pudiera asumir su función ni recibir la pertinente retribución. Siempre dentro de la línea asumida por la sentencia, se evaluó que mientras la situación descripta representó el modo de alcanzar el bien común sin hacer pesar costo alguno sobre la sociedad, para la actora implicó un sacrificio especial que no tenía el deber jurídico de soportar.

Desde la perspectiva que brindan las reglas constitucionales aplicables corresponde señalar que la reparación acordada por la sentencia impugnada en concepto de daño emergente representa una compensación destinada a reconocer el detrimento sufrido y que, al no estar cuestionada, aparece como un medio idóneo para restablecer el equilibrio exigido por los arts. 11 y 51 de la CCBA en tanto consagran el deber de distribuir las cargas públicas según reglas que garanticen la igualdad.

La compensación acordada por los jueces de mérito, relativa a aspectos privativos de esos magistrados que no vienen impugnados, agota la protección que emana de las cláusulas constitucionales aplicables y deja sin sustento la posibilidad de conceder una reparación mayor, como la del daño moral discutido, porque ese

rubro excede la medida en que el sacrificio impuesto a la accionante puede hacerse pesar sobre el conjunto de la sociedad.

En suma, las objeciones del GCBA deben progresar porque demuestran que la sentencia impugnada, en cuanto fue materia de agravio, vino a acordar un derecho que no encuentra sustento normativo y excede el ámbito de protección de las cláusulas constitucionales aplicables. Establecido ello y resueltas las cuestiones propuestas, relativas exclusivamente a aspectos de derecho corresponde, además de revocar la sentencia en relación con el daño moral reconocido, resolver el fondo del asunto traído ante esta instancia y rechazar la pretensión orientada a obtener una reparación por ese rubro (art. 31, ley 402).

7. Finalmente, sin perder de vista la materia que constituye el objeto del debate de autos, propia del derecho público local, ni el alcance que corresponde asignar a los precedentes de la CSJN cuando ellos provienen del ejercicio de su competencia originaria, vale destacar que en supuestos de esta especie, relativos a la responsabilidad estatal por actividad lícita, el daño moral ha sido desestimado (*Fallos,* 316:1335, considerando 34 *in fine*). Esto es que el orden normativo que en el ejercicio de su competencia le ha tocado examinar no determina que, en los supuestos de responsabilidad por obrar lícito del estado, la reparación alcance el daño moral. No se sigue de ello que necesariamente la excluya; sino que la Corte Suprema la ha admitido en supuestos en que concurrían circunstancias que estimó conducentes a esa solución (*Fallos,* 326:847, considerando 12 y 13). También conviene aclarar que lo decidido en autos no se ocupa de la discusión relativa a la procedencia de la reparación del lucro cesante frente a daños provocados por la actividad legítima del Estado en tanto ese rubro no fue reclamado en la demanda.

Por las razones dadas, oído el señor fiscal general adjunto, voto por admitir la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad del GCBA, revocar la sentencia apelada en cuanto fue materia de agravio y rechazar la demanda en relación con el daño moral reclamado. Costas de todas las instancias en el orden causado en función del resultado del pleito que registra vencimientos recíprocos (art. 65 del CCAyT).

La jueza Ana María Conde dijo:

1. La queja cumple los requisitos formales previstos en el art. 33 de la ley 402 y —como explicaré a continuación— se dirige a sostener el recurso de inconstitucionalidad entablado contra una sentencia de carácter definitivo y que plantea un genuino caso constitucional, lo que amerita la admisión de la queja y el tratamiento del recurso extraordinario local subyacente.

1.1. Aunque, en principio, la resolución judicial que declara desierto un recurso de apelación no satisface el recaudo objetivo de impugnación previsto en el art. 27 de la ley 402 —conforme el cual la sentencia definitiva debe emanar del *tribunal superior de la causa*—, sucede lo contrario cuando la resolución de la Cámara que desestima la apelación por defectos del memorial de agravios deja firme la senten-

cia definitiva de primera instancia, como ocurre en este caso ("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, voto del Dr. Maier, al cual adherí).

Si bien en casos como el presente la cuestión de fondo fue tratada y resuelta por la señora jueza de primera instancia y no por la Cámara, lo cierto es que la decisión de la alzada pone fin al litigio e impide cualquier revisión posterior. Y 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, resulta igualmente aplicable al recurso de inconstitucionalidad local, a tenor de lo dispuesto por el art. 27 LPTSJ (ley local 402).

1.2. Pero ello no basta para que el recurso de inconstitucionalidad resulte admisible; es preciso, además, que el recurrente impugne con acierto la decisión que declaró desierta su apelación, por razones de índole constitucional.

En este sentido cabe recordar lo expresado en su voto por el señor juez José O. Casás en la causa "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Centrifugal S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'", cuando sostuvo: "...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 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..." (expte. nº 3922/05, sentencia del 5/10/2005). Este criterio es coincidente con los fallos de la CSJN que el señor juez Casás cita en su voto, y que, por lo demás, la Corte reitera, con palabras semejantes, en numerosos precedentes, así: "...en virtud de su carácter fáctico y procesal, resultan irrevisables en la instancia extraordinaria las conclusiones a que arribara la Cámara respecto de la deserción del recurso..." (*in re*: "Robot SACIFI v. Administración General de Puertos" —*Fallos*, 310:2214—, sentencia del 20/10/1987); o: "la decisión referente a la insuficiencia de la expresión de agravios y a la consiguiente deserción del recurso es, como regla, ajena a la jurisdicción extraordinaria de la Corte" (causa: "Santos Cifuentes y otros v. Nación Argentina (Ministerio de Economía)" —*Fallos*, 314:800—, sentencia del 6/8/1991).

De tal manera, para que el recurso de inconstitucionalidad pueda tener sustento, el GCBA está obligado a someter a consideración del Tribunal razones de naturaleza constitucional para cuestionar, exclusivamente, la declaración de deserción

de la apelación, pues la Sala no dictó una sentencia de mérito que permita debatir ante este estrado los aspectos constitucionales de la cuestión de fondo, tratada por el señor juez de primera instancia.

1.3. En este caso, el GCBA ha desarrollado argumentos serios para cuestionar la decisión de la Cámara que declaró la deserción de agravios por considerar que el demandado no realizó una crítica clara y explícita de los fundamentos contenidos en el fallo de primera instancia (considerando VI, fs. 152 y vta.). Como acertadamente destaca el GCBA, en el memorial de agravios contra la sentencia de primera instancia se opuso a la procedencia del daño moral basándose en que *i)* no corresponde la indemnización por daño moral en supuestos de responsabilidad del estado por actividad ilícita, ya que no existe el acto contrario a derecho que es antecedente necesario de este tipo de resarcimiento (fs. 136 vta./137, punto 2.4); y que *ii)* la actora no probó la existencia de aflicciones y mortificaciones constitutivas de daño moral (fs. 137 y vta., punto 3.5).

Ambos argumentos, por su seriedad, debieron haber sido analizados por la Cámara quien —por el contrario— en forma arbitraria desestimó su tratamiento, violando el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva del demandado, que comprende el derecho a obtener una sentencia fundada y justa sobre el fondo de la cuestión.

1.4. Y por otra parte, la forma en que la señora jueza de primera instancia tuvo por acreditada la existencia del daño moral invocado por la actora, está fundada en argumentaciones inexactas y carentes de fundamento, configurando un supuesto de sentencia arbitraria que amerita la apertura de la presente instancia recursiva extraordinaria y la revocatoria de la sentencia.

La señora jueza de primera instancia, luego de vertir algunos conceptos generales sobre el daño moral, afirmó que "determinado el marco en el que es analizable la procedencia de la indemnización por daño moral, de acuerdo con las constancias agregadas en el expediente, la actora ha logrado acreditar adecuadamente la existencia de un perjuicio de índole personal originado en el evento dañoso que se examina en la causa, es decir, en la demora de casi dos años y medio entre su designación como jueza de cámara, al momento de ser aprobado su pliego en la Legislatura, y la puesta en funciones demorada por causa de una ley emanada de esa Legislatura, acto válido por el cual por causa de necesidades de servicio que sirvieron de fundamentos al dictado de esa ley, se le causó un perjuicio particularizado a la actora impidiéndole ejercer el cargo que había adquirido válidamente.// Por ello, habré de hacer lugar al monto solicitado de $ 30.000 en concepto de daño moral" (fs. 122 vta., ap. II.2).

Como podemos apreciar, la magistrada no esboza un solo fundamento para sostener la conclusión a la que arriba. Menciona que "de acuerdo con las constancias agregadas en el expediente" la actora habría acreditado el daño moral, pero no indica a qué constancias se refiere, lo que transforma en dogmática y arbitraria a su decisión.

1.5. En conclusión, las decisiones adoptadas por la señora jueza de primera instancia —al condenar al GCBA a resarcir el daño moral invocado por la actora— y la Cámara —al declarar la deserción de los agravios—, constituyen sentencias arbitrarias lesivas del derecho a la tutela judicial efectiva del GCBA.

Por lo tanto, corresponde dejar sin efecto ambas decisiones y, en los términos del art. 31, segundo párrafo, de la ley 402, proceder a analizar la viabilidad del daño moral reclamado —único aspecto cuestionado en los recursos del GCBA—, a los efectos de resolver sobre el fondo del asunto.

2. Para oponerse a la pretensión de la actora que persigue la indemnización del daño moral presuntamente padecido, el GCBA ha planteado dos argumentos:

a) sostiene que según el art. 1078 Cód. Civil, corresponde el resarcimiento del daño moral causado por los actos ilícitos; por lo tanto, cuando se trata de un supuesto de responsabilidad estatal por actividad lícita, al no haber un "acto contrario a derecho" el daño moral está excluido de los rubros indemnizables;

b) manifiesta que la actora no acreditó el daño moral invocado, ya que no existe ninguna prueba en la causa que permita corroborar la existencia del perjuicio espiritual sufrido.

A continuación analizaremos el planteo defensivo reseñado en primer término, para luego ponderar lo referido a la presunta insuficiencia probatoria.

2.1. El Estado, en ejercicio u ocasión de sus funciones, puede causarle daños a los particulares, no sólo cuando cumple defectuosamente sus funciones —falta de servicio—, sino también cuando el acto o hecho lesivo respeta el ordenamiento jurídico vigente. En este último caso, si se cumplen determinados requisitos, el Estado debe responder patrimonialmente para resarcir los daños ocasionados.

La responsabilidad del Estado por su actividad legítima encuentra su fundamento en la propia Constitución Nacional, más precisamente en el principio de igualdad ante las cargas públicas (art. 16, C.N.). Y es que todo daño especial que sufra un particular como consecuencia de una acción u omisión del Estado, debe ser reparado para restablecer el equilibrio afectado.

Uno de los requisitos esenciales para que se configure un supuesto de responsabilidad estatal, consiste en la especialidad del daño. Todos los individuos están expuestos y deben tolerar determinados perjuicios generados por la actividad estatal, ya que es natural que se afecten ciertos derechos de los particulares en la búsqueda del bien común, pero cuando un sujeto escapa a la generalidad y debe soportar un daño en forma desigual respecto de los demás miembros de la comunidad, existe lo que se denomina un "sacrificio especial" susceptible de reparación, siempre y cuando no exista un deber jurídico de soportar ese daño.

Además de lo desarrollado precedentemente, para que exista responsabilidad del Estado por su actividad legítima debe constatarse la ocurrencia de los restantes presupuestos de la responsabilidad estatal, presentes tanto en supuestos de actividad

legítima como ilegítima, a saber: imputabilidad del acto lesivo al Estado, relación de causalidad y daño.

En resumen, para que opere la responsabilidad del Estado por su actividad legítima deben reunirse los siguientes presupuestos: *i)* la imputabilidad material de la actividad a un órgano del Estado en ejercicio u ocasión de sus funciones; *ii*) la existencia de un daño —patrimonial y/o moral— cierto, concreto y actual; *iii)* relación de causalidad entre el daño sufrido y la acción u omisión que lo provocó; *iv)* la existencia de un perjuicio especial en el afectado; y *v)* la ausencia de un deber jurídico de soportar el daño.

2.2. El alcance de la reparación es distinto según se trate de un supuesto de responsabilidad del Estado por actividad ilegítima o legítima. En el primer caso la reparación debe ser *integral,* mientras que en el segundo supuesto debe ser *justa,* lo que permite que esté sujeta a ciertas restricciones.

Esta diferenciación encuentra su sustento en que la situación del administrado no es la misma en ambos casos. Mientras en la responsabilidad del Estado por acto legítimo el particular está obligado a aceptar el sacrificio en virtud de los deberes o cargas impuestos por la justicia general y el bien común —aunque no debe soportar la totalidad del daño—, cuando se trata de responsabilidad por actividad ilegítima nadie está obligado a aceptarla, ni menos aún a padecer el daño sin indemnización (Cassagne, Juan Carlos, "Derecho administrativo", tomo I, 5ª ed. act., pág. 277, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997). Por ello, el Estado debe indemnizar en forma integral a los perjudicados por sus actos ilícitos, pero cuando se trata de responsabilidad por actividad legítima el resarcimiento debe necesariamente incluir el daño emergente, pero *puede* excluir otros conceptos tales como el lucro cesante y el daño moral, aunque la mayor amplitud o estrechez de la indemnización dependerá de las particulares circunstancias del caso.

2.3. Sentado lo expuesto, cabe responder el siguiente interrogante: el daño moral invocado por la actora, ¿constituye un rubro indemnizable a la luz de los principios y normas que regulan la responsabilidad del Estado por actividad lícita?

a) En primer lugar, cabe descartar la aplicación del art. 1078, Cód. Civil, de la manera que lo interpreta la demandada.

Las normas del Código Civil referidas a la responsabilidad civil no son directamente aplicables al supuesto de responsabilidad del Estado, y mucho menos a la derivada de su actividad lícita. La responsabilidad estatal está gobernada por principios y normas de derecho público, y las disposiciones contenidas en la legislación de derecho privado solamente pueden ser aplicadas cuando exista un vacío normativo a completar, y siempre que sean compatibles con y previa adaptación a las particularidades del derecho público.

El Código Civil, salvo ciertas excepciones muy particulares, regula el concepto de responsabilidad civil en torno al de acto ilícito (conf. art. 1066, Cód. Civil). Es decir, consagra a la antijuridicidad como un presupuesto esencial en la materia, de manera tal que sólo cuando exista un acto antijurídico —entendiendo por éste al

que viole el ordenamiento jurídico considerado en su totalidad—, podrá configurarse un supuesto de responsabilidad civil. Por lo tanto, es natural que el Código Civil determine, en su art. 1078, que "la obligación de resarcir el daño causado por los *actos ilícitos* comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima..." (lo destacado no se encuentra en el original).

En cambio, el derecho administrativo sí contempla supuestos de responsabilidad estatal derivada de actos lícitos, y el alcance de la reparación está regulada por disposiciones distintas a las contenidas en el Código Civil. Considerar que una interpretación *contrario sensu* del art. 1078, Cód. Civil excluye la reparación del daño moral en estos casos, implicaría extender la norma a un supuesto notoriamente ajeno a su ámbito de aplicación.

b) Las restantes normas y principios contenidos en el ordenamiento jurídico, tampoco excluyen *necesariamente* al daño moral de los rubros indemnizables en el supuesto de responsabilidad del estado por actividad lícita. Es decir, ninguna norma o principio establece una exclusión general de este tipo, aplicable a todos los casos.

En el derecho positivo, y salvo supuestos específicos —por ej., en caso de expropiación—, no está regulado el alcance de la indemnización cuando se trata de responsabilidad estatal derivada de actividad lícita, no está especificado qué rubros están incluidos y cuáles están excluidos. En la materia, la única directriz podemos encontrarla en el art. 21, inc. 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según el cual "(N)inguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de *indemnización justa*, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley" (lo destacado no se encuentra en el original).

La "indemnización justa" debe determinarse en cada caso, conforme las particulares circunstancias de hecho y los daños sufridos por el reclamante. En consecuencia, no puede descartarse en todos los casos el resarcimiento del daño moral.

En síntesis, *en principio* estaría excluido el resarcimiento del daño moral ya que los padecimientos espirituales que padezcan los afectados por un acto legítimo del Estado, deben ser tolerados como sacrificios inherentes a la búsqueda del bien común. Pero cuando esos padecimientos espirituales superan el límite de lo tolerable, de manera tal que dejan de ser una carga propia de la vida en comunidad y pasan a constituir un "daño especial", corresponde su resarcimiento para restituir la igualdad alterada.

c) Corresponde ahora analizar el presente caso a la luz de los lineamientos desarrollados precedentemente.

La actora reclama el resarcimiento de los perjuicios —daño material y moral— sufridos como consecuencia de la demora de aproximadamente dos años en nombrarla como jueza de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, atribuible a la sanción de la ley

1086 —acto legítimo generador del daño—, que dispuso la integración paulatina del fuero contravencional. Para fundamentar su reclamo de daño moral, manifiesta que éste "...se verifica por las aflicciones y mortificaciones padecidas durante todo el lapso en el cual se me impidió ejercer la judicatura luego de un extenuante y estresante concurso..." (fs. 11 vta.).

Así detallado, no se advierte que el daño moral reclamado constituya un "sacrificio especial" merecedor de reparación pecuniaria por parte del Estado. Las molestias espirituales ocasionadas por la demora en nombrarla en el cargo que había obtenido mediante concurso, deben ser soportadas por la peticionante porque no exceden el límite de lo tolerable, particularmente porque la demora no obedece a razones de índole personal sino institucional.

Y es que no cualquier molestia genera un daño moral que merezca ser indemnizado, sino que para ello se requiere que posea cierta entidad. No todo disgusto, desagrado o aflicción encuadra en el concepto jurídico de agravio moral, sino que es menester que posea cierta envergadura, que tenga alguna prolongación en el tiempo y que lesione en forma concreta el fuero íntimo del peticionante.

3. Por otra parte, en esta causa la actora no acreditó el daño moral invocado, ya que no existe ninguna prueba a ese respecto.

A fs. 111 la parte actora manifestó que "...no habiendo hechos controvertidos ni prueba para producir, vengo a solicitar que se declare la cuestión de puro derecho...", y a fs. 114 la señora jueza de primera instancia declaró la cuestión como de puro derecho. Por lo tanto, a raíz de la propia conducta procesal de la accionante, no existe ninguna prueba que permita formar convicción acerca de la existencia y entidad de los padecimientos espirituales que presuntamente sufriera.

Si bien en ciertos casos el daño moral se desprende de los hechos mismos (*in re ipsa loquitur*), es decir se presume su existencia correspondiendo la prueba en contrario al sindicado como responsable —como ocurre, por ejemplo, cuando reclama el daño moral un heredero forzoso de un sujeto fallecido en un accidente—, en este supuesto particular no corresponde presumir el daño moral invocado por la actora.

Y es que durante la demora que tuvo que padecer hasta que fuera nombrada jueza de Cámara, siguió trabajando normalmente como Defensora Pública Oficial de Pobres, Incapaces y Ausentes ante los Juzgados Nacionales en lo Correccional y Cámara Nacional de Apelaciones de ese fuero (conf. certificación de fs. 19), lo que permite descartar la existencia de una situación de desocupación y/o de carencia de ingresos esenciales para su subsistencia que permitan presumir la afectación en su fuero íntimo a raíz de tal demora.

Si la accionante, a pesar de ello, sufrió padecimientos espirituales de trascendencia (y no meras molestias), debería haberlas probado, conforme las reglas procesales que rigen la carga de la prueba, y que se la imponen a quien afirma la existencia de un hecho controvertido (conf. art. 301, CCAyT).

Es evidente que no puede producirse una prueba directa sobre el daño moral sufrido, porque la índole espiritual y subjetiva del perjuicio es insusceptible de esa

forma de acreditación. Pero sí podrían haberse acreditado las circunstancias de hecho y las manifestaciones exteriores de la actora, para concluir presuntivamente la existencia del daño moral invocado. Pero nada de esto se hizo, la actora no sólo pidió que se declare la cuestión de puro derecho, sino que ni siquiera ofreció una sola prueba tendiente a acreditar el daño moral (véase ofrecimiento de prueba en la demanda, fs. 12/13).

En virtud de lo expuesto, considero que debe desestimarse la demanda en relación al daño moral reclamado, habida cuenta que la actora no probó la existencia misma de las aflicciones espirituales invocadas, y tampoco acreditó que las mismas posean una envergadura tal que permita considerarlas un "sacrificio especial" susceptible de indemnización.

4. En consecuencia, voto por:

a) admitir la queja;

b) hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad del GCBA, revocar la sentencia apelada en cuanto fue materia de agravio y rechazar la demanda en relación con el daño moral reclamado;

c) imponer las costas de todas las instancias en el orden causado, habida cuenta la existencia de vencimientos recíprocos (art. 65 del CCAyT).

El juez José O. Casás dijo:

1. El recurso de queja obrante a fs 48/59 vta. fue interpuesto en término y conforme a las exigencias formales del art. 33 de la ley 402. Por su parte, se advierte que el recurrente ha acreditado que el pronunciamiento del tribunal superior de la causa que se pretende traer a conocimiento de este Estrado resulta equiparable a una sentencia definitiva, en tanto cierra definitivamente el debate sobre el fondo de la cuestión debatida en estas actuaciones —al haber declarado desierto el recurso de apelación interpuesto por el GCBA contra la sentencia de primera instancia que hizo lugar a la demanda incoada por la doctora Silvina Manes—. En tal sentido, 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 de mayo de 1965, entre muchos otros).

Finalmente, también el recurrente ha logrado demostrar la existencia de una cuestión constitucional, recaudo requerido para habilitar la intervención de este Tribunal por la vía intentada, puesto que ha confrontado en forma suficiente el tratamiento dado por los jueces de la Sala I de la Cámara CAyT al recurso de apelación deducido con las garantías de defensa en juicio y debido proceso legal (arts. 18, C.N. y 13.3, CCBA). Por tales motivos, corresponde admitir la queja incoada por el GCBA.

2. Despejado lo anterior, la cuestión que toca examinar es, en definitiva, si el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia de primera instancia —sólo en cuanto allí se declaró que correspondía reconocer el derecho de la actora a percibir una indemnización en concepto de daño moral— fue correcta o incorrectamente declarado desierto por el *a quo*. Ello así, puesto que, como lo destaca el doctor Luis F. Lozano en el punto 3 de su voto, respecto de los demás asuntos abordados en la sentencia de primera instancia el recurrente no ha mantenido sus agravios ante esta instancia.

En este punto, resulta oportuno recordar que el examen señalado precedentemente 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.

3. Así las cosas, entiendo que el cotejo de las cuestiones abordadas en la sentencia de primera instancia y la lectura de los argumentos planteados por el GCBA para cuestionar aquel decisorio me convence en el sentido de que la demandada llevó ante la Cámara diversas cuestiones que dicho Tribunal soslayó al dictar sentencia.

En particular, el Gobierno sostuvo que para supuestos como el del *sub examine* —en los que se procura indemnizar perjuicios ocasionados por la actividad lícita del estado— el resarcimiento del invocado daño moral quedaba excluido, en tanto el art. 1078 del Cód. Civil sólo reconocía el derecho del damnificado directo a solicitar su reparación cuando éstos hubiesen sido causados por *actos ilícitos*.

Asimismo, la demandada indicó que las aflicciones y mortificaciones alegadas por la demandante no habían sido acreditadas ni probadas en la causa. En este sentido, alegó además que tampoco se justificaba el reconocimiento del rubro reclamado en el caso, puesto que la actora había seguido desempeñando normalmente sus funciones ante la justicia nacional hasta el momento en que finalmente asumió en el cargo de magistrada de Cámara de esta Ciudad y, por su parte, en momento alguno se habían afectado los valores a cuya reparación tiende este instituto.

De lo expuesto puede colegirse que los cuestionamientos desarrollados por el GCBA están respaldados por razonamientos concretos que, más allá de su acierto o error, debieron ser contestados por la Cámara. Sin embargo, tal extremo no se comprueba en el *sub examine* en tanto el tribunal *a quo*, al decidir acerca de la apelación, sólo expresó: "el GCBA se limita a afirmar que por tratarse de una actividad lícita la generadora del daño, ella no puede conllevar la obligación de indemnizar el daño moral causado y que, por otra parte, no se encuentra probado en autos la ocurrencia de dicho daño".

Así las cosas, en tanto ninguno de los planteos esgrimidos fueron motivo de tratamiento expreso por parte del *a quo*, desde mi punto de vista, esta circunstancia 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).

Sentado lo expuesto, considero que, por la forma en que viene planteado el caso —cuestión de puro derecho—, el Tribunal se encuentra en condiciones de decidir sobre el fondo del asunto en debate, en virtud de lo dispuesto en el art. 31 *in fine* de la ley 402.

4. En primer término, cabe destacar que el GCBA sólo ha mantenido sus agravios con relación al reconocimiento del *daño moral* reclamado por la actora —que la jueza de primera instancia, al sentenciar, consideró suficientemente acreditado en autos—. La apuntada circunstancia es relevante, pues impide valorar lo resuelto en el caso en punto al examen de los presupuestos que determinaron la procedencia de la condena dispuesta contra el GCBA —y su respectivo alcance—, en lo que hace al reconocimiento del rubro que en este proceso se identificó con el *daño emergente* que se habría generado en cabeza de la Dra. Manes, a causa de la actividad normativa estatal que se reputó lesiva —aunque no ilícita.

5. En segundo lugar, entiendo que el resarcimiento pecuniario que la actora pretende a raíz del *daño moral* que alega haber sufrido por la referida actividad normativa del Estado reputada lesiva, no puede prosperar.

En efecto, si bien considero que, desde una perspectiva constitucional, no cabría descartar en abstracto la posibilidad de reconocer una indemnización por este concepto, aún ante un supuesto en el que se pretenda hacer responsable al *Estado* por su accionar *lícito*, la respuesta a esta delicada cuestión debe respaldarse en las circunstancias relevantes que surjan de cada caso concreto. En otras palabras, la extensión del resarcimiento en este tipo de asuntos debe atender a las características particulares de cada situación.

5.1. Desde esta perspectiva, se advierte que para respaldar la procedencia de la indemnización por *daño moral* la interesada se limitó a expresar que ella encuentra sustento a partir de "las aflicciones y mortificaciones padecidas durante todo el lapso en el cual se me impidió ejercer la judicatura luego de un extenuante y estresante concurso" (fs. 11 vta., autos principales).

5.2. Así, entiendo que la sintética afirmación de la interesada no resulta suficiente para formar convicción en punto a la entidad de los padecimientos extrapatrimoniales que se alega haber sufrido, para luego poder determinar, en el caso, el reconocimiento de un resarcimiento a cargo de la caja estatal por este concepto, en la medida en que la indemnización no puede representar un enriquecimiento sin causa para quien invoca ser damnificado.

Es que si bien es cierto que la demostración de este tipo de perjuicio no se encuentra sujeta a cánones estrictos, tengo en cuenta que, en este caso puntual, la situación que los jueces de la causa consideraron dañosa para la actora, por sus particulares características, no resulta por sí sola indicativa de padecimientos espirituales o una perturbación moral de una envergadura tal que permitan hacer lugar a lo solicitado.

Ello así, toda vez que la postergación de la actora en el acceso efectivo a su cargo de jueza de Cámara luego de su designación obedeció a estrictas razones de *política judicial* tomadas con carácter general —organizativas y presupuestarias— que no se proyectaron sobre aspectos relativos a su idoneidad y desempeño profesional —de hecho la actora durante ese lapso continuó ejerciendo regularmente su función de defensora en la justicia nacional—, ni mucho menos sobre sus calidades humanas.

Por los motivos expuestos, corresponde admitir la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA, revocar la sentencia apelada en cuanto fue materia de agravio y rechazar la demanda deducida en relación con el daño moral reclamado. Costas de todas las instancias en el orden causado, en función del resultado del pleito que registra vencimientos recíprocos (art. 65, CCAyT).

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Es regla general que la providencia que declara desierto un recurso de apelación no resulta revisable por el Tribunal Superior de Justicia.

Se trata, en efecto, de una resolución interlocutoria que no resuelve el pleito, ya que remite a cuestiones ajenas a esta instancia extraordinaria y de exclusiva competencia del tribunal encargado de conocer del recurso de apelación.

En el caso, el apartamiento de la citada regla sin que existan elementos que lo justifiquen, convertiría subrepticiamente la queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad en una plataforma para tratar el recurso por apelación denegada.

Una situación como la que se indica en el párrafo anterior es inadmisible, tanto legal cuanto constitucionalmente, en razón del carácter extraordinario de esta instancia, salvo que el recurrente demostrara —lo que no ocurre en esta causa— que la denegatoria del recurso de apelación constituye una sentencia equiparable a definitiva.

Por lo expuesto, comparto el dictamen del señor fiscal general adjunto, a cuyos fundamentos me remito. En consecuencia, voto por declarar improcedente el recurso de queja interpuesto.

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 planteados por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2º. *Revocar* la sentencia apelada en cuanto fue materia de agravio y rechazar la demanda en relación con el daño moral reclamado.

3º. *Imponer* las costas de todas las instancias en el orden causado.

4º. *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 - José O. Casás.*

CII

"MINISTERIO PÚBLICO —FISCALÍA ANTE LA CÁMARA CON COMPETENCIA EN LO CONTRAVENCIONAL, PENAL Y DE FALTAS Nº 1— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'SANZ, EDUARDO JOSÉ S/INFR. ART(S). 111, CC'"

RECURSO DE QUEJA. MINISTERIO PÚBLICO FISCAL: Legitimación. Suspensión del proceso contravencional a prueba. Irretroactividad de la ley.

SUMARIOS:

1. La resolución que motivó la interposición del recurso de inconstitucionalidad fue notificada a la Fiscalía cuando la ley procesal vigente (art. 53, ley 12) sólo habilitaba la vía recursiva al contraventor, por lo que la posterior modificación de la norma no habilita en autos recurso alguno en favor del señor fiscal, lo que determina el rechazo del recurso de queja. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

2. La decisión de la Cámara impugnada mediante recurso de inconstitucionalidad fue dictada y notificada cuando regía el art. 53 de la ley 12 en su redacción originaria, norma que no concedía recurso a la fiscalía, por lo tanto la resolución no era impugnable para el Ministerio Público Fiscal. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

3. Las leyes siempre rigen para el futuro y la ley 3382 no dispuso su aplicación a decisiones dictadas y notificadas con anterioridad a su entrada en vigencia. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

4. El art. 53 de la ley 12, como regla general, no concedía 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 LOPJ), ya que de la letra de ese artículo surgía claramente que el único habilitado era el contraventor. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

5. Corresponde otorgar a la interposición de la queja el efecto suspensivo que solicita el fiscal general adjunto porque la fiscalía ha invocado razones suficientes para tener por mal denegado el recurso de inconstitucionalidad y la declaración de admisibilidad de dicho remedio procesal conlleva los efectos suspensivos que el recurrente solicita. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. SAPCyF nº 7139/10 - 5/5/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El titular de la Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Contravencional, Penal y de Faltas Nº 1 interpuso queja (fs. 63/73 vta.) contra el auto que denegó (fs. 15/17 vta.) el recurso de inconstitucionalidad deducido el 1º de febrero de 2010 (conf. fs. 18). Ese remedio procesal ataca la decisión de la Sala II que, en lo que aquí importa, por mayoría, confirmó parcialmente la suspensión del proceso a prueba decidida en primera instancia, pese a la oposición de la Fiscalía, a favor del Sr. Eduardo José Sanz, la que le fue notificada a la Fiscalía recurrente el 29/12/2009 (conf. fs. 39/39 vta).

2. Luego, la Fiscalía General Adjunta solicitó al Tribunal, entre otros, que "...disponga el efecto suspensivo de la queja" (fs. 77/82 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

Por las razones que dí al votar en la causa "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Pazos, Juan Carlos s/infr. art(s). 111, CC'", expte. nº 7135/10; resolución firmada el día 29/4/2010, a la que me remito, corresponde tener por presentado en tiempo oportuno el recurso de inconstitucionalidad y por quien está legitimado para hacerlo. A su vez, en el caso, a esas razones se suma el hecho de que el Ministerio Público Fiscal interpuso el mencionado recurso el segundo día hábil judicial siguiente al que quedó notificado de la sentencia a cuya revisión aspira.

Sentando lo que antecede, entiendo, corresponde otorgar a la interposición de la queja el efecto suspensivo que solicita el fiscal general adjunto a fs. 77/82 vta. Ello así, porque, a mi juicio, la Fiscalía ha invocado razones suficientes para tener por mal denegado el recurso de inconstitucionalidad y la declaración de admisibilidad de dicho remedio procesal conlleva los efectos suspensivos que el recurrente solicita.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

La resolución que motivó la interposición del recurso de inconstitucionalidad fue notificada a la Fiscalía el 29/12/2009. La ley procesal vigente al momento de dicha notificación (art. 53, ley 12) sólo habilitaba la vía recursiva al contraventor, por lo que la posterior modificación de la norma no habilita en autos recurso alguno en favor del señor fiscal, lo que determina el rechazo de la presente queja. Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto de mi colega preopinante, Dra. Alicia E. C. Ruiz, y me remito a las consideraciones expuestas al emitir mi voto en los autos "Ministerio Público

—Fiscalía ante la Cámara con competencia en lo Contravencional, Penal y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Pazos, Juan Carlos s/infr. art(s). 111, CC'", expte. nº 7135/10; resolución firmada el día 29/4/2010.

Así lo voto.

El juez José O. Casás dijo:

1. Al margen de las razones por las que se convocara al Acuerdo en esta causa (véase punto 2 del resulta), la queja presentada por el señor fiscal ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas debe ser rechazada.

2. A pesar de la reforma de la ley 12 (ley 3382, publicada en el *BOCABA* nº 3345 del 21/1/2010), debo concluir que no asiste razón al señor fiscal en cuanto a su legitimación para recurrir en el caso.

La decisión de la Cámara impugnada mediante recurso de inconstitucionalidad fue dictada el 23/12/2009 y notificada el 29/12/2009, momento en el que regía el art. 53 de la ley 12 en su redacción originaria. Aquella norma, como se verá, *no* concedía recurso a la fiscalía, por lo tanto la resolución *no* era impugnable para el Ministerio Público Fiscal. Por lo demás, las leyes siempre rigen para el futuro y la ley 3382 no dispuso su aplicación a decisiones dictadas y notificadas con anterioridad a su entrada en vigencia (conf., en lo pertinente, "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: 'Ybarra, Luis Antonio s/infr. art(s). 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC'", expte. nº 6903/09, resolución del 12/2/2010 y "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: 'Chambi Gómez, Wilder Alexander s/infr. art. 111, CC'", expte. nº 7121/10, resolución del 29/4/2010, entre otros).

En consecuencia, en el caso, la legitimación procesal del recurrente debe ser analizada a la luz de la redacción original del art. 53 de la ley 12.

3. Una vez determinado que la norma aplicable al caso es el art. 53, ley 12 en su redacción original, sólo resta recordar conforme ya lo sostuviera en diferentes oportunidades (conf. "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—'", expte. n° 6235/08, resolución del 29/4/2009, y sus citas, entre otros) que el art. 53, ley 12, como regla general, no concedía 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 LOPJ), ya que de la letra de ese artículo surgía claramente que el único habilitado era 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], t. I, Ad-Hoc, Buenos Aires, 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], t. II, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 247 y ss.). En ese sentido, contrariamente a lo afirmado por el recurrente en sus recursos, la cuestión había sido regulada por el legislador local de forma autosuficiente al establecer la cláusula de cerramiento mencionada precedentemente, con lo que no resultaba de aplicación al caso lo previsto por el legislador local para el procedimiento penal en el art. 268, CPP CABA. Sirva la nueva redacción del art. 53, ley 12 como prueba de esta afirmación.

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 y ese mismo motivo, claro está, también impide conceder el efecto suspensivo requerido.

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 agregado a fs. 63/73.

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

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

CIII

"MINISTERIO PÚBLICO —FISCALÍA ANTE LA CÁMARA CON COMPETENCIA EN LO PENAL, CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 1— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'POCCARD, JUAN BAUTISTA S/INFR. ART(S). 111, CC'"

RECURSO DE QUEJA: Desistimiento.
Suspensión del proceso contravencional a prueba.
MINISTERIO PÚBLICO FISCAL: Legitimación.

Expte. SAPCyF n° 7110/10 - 5/5/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La jueza de primera instancia resolvió suspender el proceso a prueba respecto del imputado (fs. 6/8), fijando reglas de conducta distintas a las acordadas entre el fiscal y la defensa en el acta agregada a fs. 1/2. Apelada esa decisión por el señor fiscal, la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas confirmó la resolución recurrida (fs. 27/31). Contra esa decisión el señor fiscal interpuso, ante la Cámara, recurso de inconstitucionalidad (fs. 32/41) que, al ser denegado (fs. 42/44), motivó la presentación de la queja agregada a fs. 46/56.

2. El señor fiscal general adjunto, al contestar la vista conferida, desistió del recurso interpuesto "...a fin de evitar un dispendio jurisdiccional innecesario", debido a que, a su entender, la queja intentada sería rechazada por falta de legitimación del recurrente, en virtud de la doctrina sentada por el Tribunal en la causa análoga caratulada "Ybarra, Luis Antonio" (fs. 64).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

En virtud de lo estipulado en el art. 29, inc. 3º, de la ley 1903, corresponde tener por desistido el recurso de queja agregado a fs. 46/56.

Los jueces Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás dijeron:

Adherimos al voto del señor juez de trámite, Dr. Luis F. Lozano.

La jueza Ana María Conde dijo:

Más allá del criterio sostenido por la mayoría del Tribunal en torno a la falta de legitimación del MPF para recurrir ante este Tribunal en causas contravencionales ("Ybarra"), adhiero a la solución que propone el señor juez de trámite, Luis F. Lozano, pues conduce a igual resultado al tornar innecesaria la intervención de este Tribunal.

Así lo voto.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Tener por desistido* el recurso de queja agregado a fs. 46/56.

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

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

En similar sentido se resolvió en los exptes. nº 7141/10 "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: 'Fiscella, Julio Héctor s/infr. art(s). 111, CC'"; nº 7142/10 "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ocaña, Daniel Alberto s/infr. art(s). 113 bis, CC'"; y nº 7143/10 "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: 'González, Ignacio s/infr. art(s). 111, CC'", también del 5 de mayo de 2010.

CIV

"METROGAS S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'METROGAS S.A. S/ART. 2.1.15, LEY 451 —RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Arbitrariedad de sentencia. RÉGIMEN DE FALTAS: Multa. Confiscatoriedad.

SUMARIOS:

1. El recurso de queja debe dirigirse a atacar el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad en forma sólida, clara y ordenada; y el incumplimiento de esa carga impide al Tribunal ingresar en el análisis del recurso que defiende. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás. En sentido concordante véase voto del señor juez Luis F. Lozano).*

2. En el recurso de queja se reiteran motivos de agravio sobre los cuales ya recibió respuesta en las instancias de mérito, sin hacerse cargo de las razones que los magistrados expusieron oportunamente, como es la afirmación de que los trabajos que motivaron la infracción fueron realizados por una empresa que había sido contratada por Metrogas S.A., cuando ese aspecto no fue puesto en duda en las decisiones cuestionadas. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. El recurrente se limita a manifestar su discrepancia con el auto denegatorio expresando consideraciones genéricas que no constituyen un agravio autónomo, y que son incapaces de suplir las deficiencias argumentales apuntadas o sostener el recurso interpuesto. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

4. La recurrente no ha tachado de inconstitucional el art. 4º de la ley 451 en base al cual el *a quo* rechazó su agravio, en cuanto dicho precepto prevé que es suficiente para imputar responsabilidad por falta cualquier presupuesto que sea fuente de obligación, de restituir o reparar. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

5. Aun cuando se superase la circunstancia de que los jueces no pueden tener por inválidos actos de otros poderes que no han sido atacados, con excepción, en el amparo, del supuesto de la que es manifiesta (conf. art. 14 de la CCBA), el Tribunal no puede ingresar al análisis de esa cuestión si no ha sido, como en el caso, materia de debate ante los jueces de la causa. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

6. En el recurso de queja no se muestra la relación directa que existiría entre la garantía de no confiscatoriedad, en que se apoya la tacha de inconstitucionalidad y los montos previstos en una escala punitiva — art. 2.1.15 de la ley 451—, toda vez que, no se explica en cuánto incide en el patrimonio de la actora la multa controvertida, razón por la cual queda oculta la posible relación con la cláusula contenida en el art. 17 de la C.N. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

7. No se ha desarrollado en el recurso de queja argumentación alguna tendente a mostrar la falta de relación que existiría, a juicio de la actora, entre la sanción impuesta y el bien jurídico tutelado; sin que baste a tales fines con indicar que la multa prevista para la conducta tipificada en el art. 2.1.15 de la ley 451 fue incrementada por el legislador en un 10.000 %, ya que mostrar que la sanción es onerosa no resulta consecuente a los fines que pretende la recurrente, porque el bien tutelado por la norma puede ser igual o más valioso, asunto del que no se ha ocupado. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. SAPCyF n° 6835/09 - 5/5/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La titular del Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 5 resolvió, con fecha 27/5/2009, condenar a Metrogas S.A. a la sanción de multa de 110.000 unidades fijas (equivalente a $ 110.000) por la comisión de la infracción prevista en el art. 2.1.15 de la ley 451 (en el caso, la rotura de una vereda con permiso vencido).

Apelada dicha resolución por la defensa, la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas resolvió, en lo que aquí importa, confirmar la sentencia recurrida (fs. 7/11).

2. Metrogas S.A. interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la decisión de la Cámara mencionada en el punto anterior. En su escrito, denunció que la sentencia era arbitraria porque prescindió del derecho aplicable. Apuntó, en igual sentido, que esa resolución lesionaba sus derechos de defensa y de propiedad, la garantía de debido proceso y los principios de legalidad, razonabilidad, jerarquía normativa y republicano de gobierno.

Se agravió, principalmente, por el modo en que había sido rechazado su planteo de inconstitucionalidad del art. 2.1.15 de la ley 451 —basado en la supuesta

desproporción de la escala sancionatoria que prevé— y, además, cuestionó el modo en que se había redactado el acta de infracción que dio origen al procedimiento.

3. La Sala I declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad por considerar que la defensa no presentó un caso constitucional sino que, por el contrario, sólo expresó su discrepancia con la valoración de cuestiones de hecho y prueba y con la interpretación de normas infraconstitucionales (fs. 19/21). Ante la denegatoria, Metrogas S.A. interpuso el recurso de queja que está agregado a fs. 23/29.

4. El fiscal general adjunto, al contestar la vista requerida, indicó que la queja carece de una crítica del auto que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad y, por otra parte, que éste no plantea un caso constitucional. Por esa razón, propició el rechazo de la queja (fs. 66/67).

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La queja fue interpuesta por escrito, ante el Tribunal y en tiempo oportuno. Sin embargo debe ser rechazada.

2. En primer lugar, debo recordar que la queja debe dirigirse a atacar el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad denegado de forma sólida, clara y ordenada. El incumplimiento de esa carga impide al Tribunal ingresar en el análisis del recurso que defiende (conf. TSJBA *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], t. III, pp. 92 y ss.). En otras palabras, así como fue obligatorio para los jueces de la Sala II fundar la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad intentado, también es obligatorio para quien pretende traer en queja sus agravios a este Tribunal explicar por qué fue incorrecta aquella decisión (conf. mi voto en "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Torancio, Tomás del Valle s/inf. art. 74, CC —apelación—'", expte. n° 3973, sentencia del 5/10/2005).

3. El recurso directo contiene deficiencias argumentales que definen su rechazo. A la ausencia de crítica suficiente del auto denegatorio (fs. 24/27) se suma que la recurrente menciona hechos que no ocurrieron —conf. fs. 25, cuando menciona, equivocadamente que la Cámara, en el auto denegatorio, consideró que la sentencia cuestionada por recurso de inconstitucionalidad no era definitiva— y señala de manera genérica supuestas lesiones constitucionales. La presentación, además, se encarga de reiterar motivos de agravio sobre los cuales ya recibió respuesta en las instancias de mérito, sin hacerse cargo de las razones que los magistrados expusieron oportunamente; por ejemplo, vuelve a sostener que los trabajos que motivaron la infracción fueron realizados por una empresa que había sido contratada por Metrogas S.A., cuando ese aspecto no fue puesto en duda en las decisiones cuestionadas.

4. No altera lo hasta aquí expuesto la pretendida arbitrariedad de la decisión en crisis (fs. 26 y 26 vta.). Esto así, pues el recurrente se limita a manifestar su discrepancia con el auto denegatorio. Luego reproduce jurisprudencia que ha admitido el recurso extraordinario federal sobre cuestiones de hecho, prueba y derecho común en circunstancias excepcionales, pero no individualiza la concurrencia de ninguna de esas circunstancias en el caso de autos.

En definitiva, se trata de consideraciones genéricas que no constituyen un agravio autónomo, y que son incapaces de suplir las deficiencias argumentales apuntadas o sostener el recurso interpuesto.

5. Por ello, voto por rechazar la queja y dar por perdido el depósito oportunamente integrado.

Los jueces ANA MARÍA CONDE y JOSÉ O. CASÁS dijeron:

Adherimos al voto de la señora jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Coincido con la jueza de trámite, la Dra. Alicia E. C. Ruiz, en que la queja debe ser rechazada, puesto que la recurrente no propone ni una cuestión constitucional ni una federal (conf. *Fallos*, 311:2478).

2. Dos son los planteos que formula Metrogas S.A. Por un lado, sostiene que la empresa TECNODOCK era quien se encontraba trabajando en la vía pública, con el permiso vencido, en el día y lugar que se consignaron en el acta de infracción, por lo que, afirma, no pueda ser ella sancionada por ese hecho, sino que quien debe serlo, en todo caso, es la mencionada empresa TECNODOCK. Por el otro, tacha de inconstitucional la sanción prevista en el art. 2.1.15. de la ley 451 porque "...la penalidad como sanción fue incrementada en un 10.000 %, lo cual implica confiscatoriedad [*sic*]" (fs. 14 vta.).

3. Con respecto al primero de esos agravios, comenzaré por señalar que la recurrente no ha tachado de inconstitucional la previsión legal en base a la cual el *a quo* rechazó este agravio, esto es, el art. 4º de la ley 451 en cuanto prevé que "[e]s suficiente para imputar responsabilidad por falta cualquier presupuesto que sea fuente de obligación, de restituir o reparar". Por lo demás, y aun cuando se superase la circunstancia de que los jueces no pueden tener por inválidos actos de otros poderes que no han sido atacados, con excepción, en el amparo, del supuesto de la que es manifiesta (conf. art. 14 de la CCBA), el Tribunal no puede ingresar al análisis de esa cuestión si no ha sido, como en el caso, materia de debate ante lo jueces de la causa. A su vez, tampoco ha demostrado la recurrente que la interpretación que la Cámara hizo de esa norma sea insostenible. Ello lleva a que este planteo no logre abrir la competencia revisora de este Tribunal.

4. Con relación al segundo agravio, Metrogas no muestra la relación directa que existiría entre la garantía de no confiscatoriedad, en que apoya la tacha de inconstitucionalidad reseñada en el punto 2, y los montos previstos en una escala punitiva, en el caso, los previstos en el art. 2.1.15 de la ley 451. Ello así, toda vez que, ni explica en cuánto incide en su patrimonio la multa acá controvertida, razón por la cual queda oculta la posible relación con la cláusula contenida en el art. 17

de la C.N., ni distingue el supuesto en que un tributo resulta confiscatorio de aquel otro en que, a su juicio, podría serlo una sanción.

Finalmente, cabe agregar que tampoco ha desarrollado argumentación alguna tendente a mostrar la falta de relación que existiría, a su juicio, entre la sanción impuesta y el bien jurídico tutelado; sin que baste a tales fines con indicar que la multa prevista para la conducta tipificada en el mencionado art. 2.1.15 fue incrementada por el legislador en un 10.000 %. Mostrar que la sanción es onerosa, suponiendo que se lo hubiera logrado, no resulta consecuente a los fines que pretende la recurrente, porque el bien tutelado por la norma puede ser igual o más valioso, asunto del que no se ha ocupado.

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

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. 23/29.

2º. *Dar por perdido* el depósito, cuya constancia de integración obra a fs. 62.

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

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

CV

"CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'GRACIA, GUILLERMO AGUSTÍN EDUARDO C/CONSEJO DE LA MAGISTRATURA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. AMPARO: Reconducción de la acción. Sentencia definitiva. Interpretación de normas infraconstitucionales. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. 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; y que de acuerdo con una interpretación sistemática

de la Ley de Amparo son aquellas a las que el art. 20 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. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

2. La sentencia que decide reconducir el proceso en el marco de una acción de amparo regida por la ley local 2.145, constituye una sentencia definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

3. El recurso de queja debe ser rechazado, en tanto no ha logrado desvirtuar los fundamentos del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad en punto a la inexistencia de arbitrariedad en el pronunciamiento impugnado, no bastando para ello la reiteración de las objeciones formuladas, a la que no se agrega una crítica concreta y apta para rebatir argumentativamente los fundamentos por los cuales la Cámara decidió no concederlo, omisión que obsta a la procedencia de la queja intentada puesto que, de este modo, la presentación resulta privada del fundamento mínimo tendiente a demostrarla. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

4. Más allá del acierto o error del razonamiento efectuado por los jueces de la causa para decidir reconducir el presente proceso del modo y en la oportunidad en que lo hicieron, los argumentos esgrimidos por el Consejo de la Magistratura no alcanzan para acreditar la arbitrariedad de la decisión objetada, sino que sólo trasuntan su discrepancia con ella. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

5. La reconducción de la acción es una posibilidad que ofrece de manera expresa la ley 2145 y la determinación del momento en que ella puede ser decidida remite, pura y exclusivamente, al examen de normas procesales infraconstitucionales cuya interpretación —al menos por regla— resulta ajena a la vía extraordinaria intentada. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

6. El recurso de queja deducido por el Consejo de la Magistratura local debe ser rechazado, porque no logra rebatir los fundamentos en que se basó la Cámara para denegar el recurso de inconstitucionalidad por inexistencia de sentencia definitiva o equiparable a tal, y de caso constitucional. *(Voto del señor juez José O. Casás. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Ana María Conde, Luis F. Lozano y Alicia E. C. Ruiz).*

7. El concepto de sentencia definitiva que emplea la ley de amparo local está orientado a superar el debate que pudiera suscitarse en torno al carácter de cosa juzgada formal que la ley atribuye a las sentencias que contempla el art. 18 de la ley 2145 —aquellas que dejan "subsistente el ejercicio de las acciones que puedan corresponder a las partes, con independencia del amparo"— y su condición de pronunciamiento definitivo a los efectos del recurso de inconstitucionalidad; solución ésta destinada a no diferir la intervención del Tribunal, aun cuando la sentencia cuestionada se hubiera limitado a rechazar formalmente el amparo, si el recurrente demuestra que la decisión compromete la interpretación y/o aplicación de cláusulas de la Constitución Nacional y/o de la CCBA bajo las condiciones previstas en el art. 14 de la constitución local (art. 27 de LP). *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto del señor juez Luis F. Lozano).*

8. Resulta evidente que el pronunciamiento que ordenó reconducir la acción no constituye una sentencia definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad, ya que no pone fin al proceso ni impide su prosecución, sino que —por el contrario— permite que el juicio continúe, aunque regido por las reglas del proceso ordinario, a los efectos de posibilitar un mayor debate y prueba de la cuestión controvertida. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

9. 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. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. SACAyT n° 7087/10 - 12/5/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Dr. Guillermo A. E. Gracia promovió acción de amparo contra el Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, CM), con el objeto de que se decretase la nulidad de la resol. adm. 811/2008, de fecha 16 de octubre de 2008, dictada por el Presidente y la Secretaria de dicho órgano, respecto del concurso 31/06 (expte. SCS-164/07-0), para la selección de Defensor ante los Juzgados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires. Subsidiariamente, y para el supuesto de que se entendiese que los fundamentos de la resolución citada eran válidos, solicitó que se declarase la nulidad del concurso 31/06 (fs. 1/9 vta.).

El CM, al contestar el traslado que se le confiriera en los términos del art. 11 de la ley 2145 (fs. 11/24), postuló —en lo que interesa a esta queja— la improcedencia de la vía escogida por el actor por considerar que no se encontraban reunidos los requisitos que habilitaban esta vía excepcional. Apuntó, entre otras cosas, que aquí se perseguía la declaración de nulidad de la resol. CM 811/08 y, en su caso, la del concurso 31/06, por lo que "...el proceso de conocimiento permite un mayor debate y prueba para tratar cuestiones como la aquí introducida por el actor..." (fs. 14 vta.).

La jueza de primera instancia, tras señalar que por las particulares características del caso —que puntualizó— la vía elegida resultaba plenamente apta, desestimó la demanda interpuesta en todas sus partes (fs. 25/27).

2. Apelada la sentencia por el actor, la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario —previo traslado al CM cuya contestación obra en copia a fs. 35/40— resolvió: "... *I.* Dejar sin efecto todo lo actuado en las presentes actuaciones, sin perjuicio de relevar, en su oportunidad, las medidas ya cumplidas

en el trámite y supeditar, cautelarmente, a la sentencia a dictarse en autos la suerte definitiva del concurso 31/06. *II.* Remitir las presentes actuaciones a la Secretaría General de la Cámara con el fin de que, por su intermedio, se proceda a sortear el Juzgado que, en el futuro, habrá de intervenir en el trámite. *III.* Cumplido, ordenar a la actora que, en los términos del art. 6º de la ley 2145, proceda, en el plazo de diez (10) días, a readecuar la presente demanda de conformidad con las previsiones de los arts. 269 y ss. del CCAyT y, oportunamente, integre la litis; ello, bajo el apercibimiento establecido en la última parte del citado art. 6º..." (fs. 102/105).

Para así resolver, la Cámara —luego de señalar que, en oportunidad de confirmar el rechazo dispuesto por la jueza de grado de la medida cautelar solicitada por el actor, había ordenado que se hiciera saber a la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de la existencia del presente proceso— sostuvo que "...la ponderación de las circunstancias del caso, la naturaleza de la pretensión —esto es, la nulidad de la resol. 811/CM/CABA/08 y, subsidiariamente, del concurso 31/06— y en particular, la circunstancia de que se ha recibido juramento de los ganadores de ese concurso, ponen en evidencia que la vía procesal escogida no es la más idónea para el debate propuesto, toda vez que, en este estado, los derechos invocados por el ahora amparista y los de los eventuales involucrados encontrarán adecuada tutela mediante, no ya la vía del amparo, sino a través de los procedimientos ordinarios..." (fs. 104 vta.).

3. Frente a lo decidido, el CM dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 108/116).

Calificó de definitiva a la sentencia recurrida "...toda vez que de no articularse el presente recurso quedaría sellada la suerte de este Consejo de la Magistratura respecto a cualquier posterior planteo sobre habilitación de instancia, apelabilidad de la medida cautelar dictada, entre otros..." (fs. 113). Centró sus agravios —principalmente— en la arbitrariedad del pronunciamiento objeto del recurso por ostentar dicha decisión una fundamentación aparente, compuesta —según afirmó— de meras afirmaciones dogmáticas. Adujo, además, que: *a)* la decisión impugnada vulneraba su derecho de defensa, el debido proceso, el principio de congruencia, el de preclusión procesal, el de seguridad jurídica y las facultades constitucionales del Consejo de la Magistratura, en tanto la Cámara había declinado expedirse sobre los concretos agravios argüidos por el actor habiendo sentenciado, en cambio, más allá de lo pedido; puesto que la procedencia de la vía escogida por el amparista, era una cuestión que ya había quedado firme; *b)* el momento procesal para la reconducción de la acción había precluido al tiempo del dictado de la sentencia ahora cuestionada, en virtud de los arts. 5º y 6º de la ley 2145; *c)* no resultaba suficiente que se hallasen involucrados en autos derechos de terceros, ya que sobre este aspecto también había recaído resolución de la jueza de grado, en el sentido de revocar —a pedido del actor— la citación de oficio que ella dispusiera; *d)* "...la supeditación del concurso 31/06 a la sentencia a dictarse en autos —nueva cautelar, tampoco solicitada por el interesado— a la suerte definitiva de la sentencia afecta gravemente el normal desarrollo de las actividades del Organismo, derivadas de las facultades constitucionales

y legales de este Consejo de la Magistratura, atento continuar en vilo un concurso público—, con funcionarios designados, sobre cuya legalidad se ha expedido la señora jueza de grado..." (fs. 115 vta.); y *e)* el *a quo* incurrió en autocontradicción al dejar sin efecto todo lo actuado, sin perjuicio de la eventual utilidad de las medidas (fundamentalmente probatorias) ya cumplidas en el trámite y que podían ser ponderadas al momento de emitirse el pronunciamiento definitivo.

4. A su turno, habiendo el actor contestado extemporáneamente el traslado que se le confiriera del recurso de inconstitucionalidad articulado por el CM, la Sala II decidió no concederlo por no reunir el pronunciamiento recurrido la calidad de definitivo, ni haberse acreditado la existencia de un agravio irreparable que permitiese equipararlo a uno de tales características. Tampoco consideró configurada la causal de arbitrariedad de la sentencia.

5. Ante la no concesión del remedio intentado, el CM acudió en queja ante este Estrado (fs. 122/135).

Argumentó que la sentencia recurrida: *1)* no resultaba ser aquélla que rechazaba *in limine* la acción de amparo, razón por la cual la jurisprudencia a que se refería la alzada era inaplicable al caso; *2)* brindaba otra oportunidad al actor para debatir la cuestión vulnerando la seguridad jurídica y manteniendo inconcluso *sine die* un concurso público; *3)* era definitiva, por iguales consideraciones a las formuladas en oportunidad de la interposición del recurso de inconstitucionalidad, dado que "...cualquier planteo posterior sería extemporáneo..." (fs. 132 vta.); y *4)* la denegatoria del recurso, en cuanto a la arbitrariedad, carecía de la necesaria fundamentación, pues se limitaba a efectuar una afirmación dogmática y genérica sin realizar examen alguno acerca de las razones por las cuales sus planteos eran formalmente inadmisibles.

6. Requerido su dictamen, el señor fiscal general propició el rechazo de la queja porque "...la decisión de la Cámara no constituye la sentencia definitiva que prevé el art. 27, LPTSJ, ni puede equipararse a tal, en la medida en que la recurrente no ha demostrado la imposibilidad de lograr la tutela de los derechos que dice vulnerados mediante la vía ordinaria que, en la instancia anterior, se indicó como idónea..." (fs. 138/149 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. El recurso de queja articulado por el Consejo de la Magistratura local fue interpuesto en tiempo y forma; sin embargo, no puede ser admitido.

2. La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo CAyT denegó la concesión del recurso de inconstitucionalidad, básicamente, por considerar que la decisión atacada: *a)* no constituía una sentencia definitiva o equiparable a tal, y *b)* no era arbitraria.

3. En cuanto al primer argumento utilizado por la Cámara para denegar la vía recursiva intentada (inexistencia de sentencia definitiva o equiparable a tal), resultan aplicables las consideraciones que formulara 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.

En dicha oportunidad, en minoría, sostuve 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, CCBA) 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".

Lo hasta aquí expuesto, me lleva a concluir que la sentencia que —como en el caso— decide *reconducir el proceso*, en el marco de una acción de amparo regida por la ley local 2145, constituye una sentencia definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad. Tal conclusión torna innecesario abordar los planteos que el CM ha efectuado sobre el punto.

4. De todos modos, y aún zanjado el escollo apuntado precedentemente, entiendo que el recurso igualmente debe ser rechazado, en tanto el recurrente no ha logrado desvirtuar los fundamentos del auto denegatorio obrante a fs. 117/118, en punto a la inexistencia de arbitrariedad en el pronunciamiento impugnado.

El CM sostiene que los argumentos brindados por la Sala II CAyT para denegar su recurso de inconstitucionalidad, en este aspecto, resultan dogmáticos y carentes de fundamentación y adecuación al caso de autos. Sin embargo, a continua-

ción, los fundamentos brindados en el recurso no resultan hábiles para abastecer su conclusión. No basta para ello con reiterar las objeciones formuladas en el recurso de inconstitucionalidad, sino que es necesario efectuar una crítica concreta del auto denegatorio y rebatir argumentativamente los fundamentos por los cuales la Cámara decidió no concederlo (conf. el Tribunal *in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001). La apuntada omisión obsta a la procedencia de la queja intentada 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).

5. Sin perjuicio de lo señalado, y más allá del acierto o error del razonamiento efectuado por los jueces de la causa para decidir reconducir el presente proceso del modo y en la oportunidad en que lo hicieron (fs. 102/105), entiendo que los argumentos esgrimidos por el CM no alcanzan para acreditar la *arbitrariedad* de la decisión objetada, sino que sólo trasuntan su discrepancia con ella.

5.1. En primer lugar, cabe señalar que el CM se agravia de la falta de tratamiento por parte de la Cámara de los concretos planteos articulados por el actor y de decidir más allá de lo solicitado por el apelante.

Sin embargo, a tenor del razonamiento efectuado por los jueces de la Sala II, es justamente el estrecho marco cognoscitivo de la acción escogida, unido a las particularidades que el caso presenta (entre las que cabe destacar que los ganadores del concurso 31/06 han sido designados en el cargo al que se postularon y se les ha tomado el respectivo juramento), lo que impidió a dicho tribunal examinar tales cuestiones. En otras palabras, aun cuando la jueza de grado hubiera considerado que la acción de amparo era, en este caso, la vía procesal adecuada, examinar las objeciones del actor requería, a criterio del *a quo*, un proceso más amplio y no el acotado que ofrece la acción de amparo. Este punto concreto del pronunciamiento no ha sido eficazmente rebatido por el CM. Antes bien, fue el propio recurrente quien, al contestar el traslado que se le confiriera en los términos del art. 11 de la ley 2145, se opuso a la procedencia de la vía —precisamente— porque "...el proceso de conocimiento permitía un mayor debate y prueba para tratar cuestiones como la aquí introducida por el actor..." (fs. 14 vta.). En este contexto, entiendo que los planteos contenidos en el recurso intentado no resultan suficientes para demostrar que el *a quo* haya sentenciado, reitero, más allá de su acierto o error, de manera arbitraria *extra petita* —como lo postula el CM.

5.2. Por lo demás, la reconducción de la acción es una posibilidad que ofrece de manera expresa la ley 2145 y la determinación del momento en que ella puede ser decidida —cuestión que viene controvertida en el recurso— remite, pura y exclusivamente, al examen de normas procesales infraconstitucionales cuya interpretación —al menos por regla— resulta ajena a la vía extraordinaria intentada.

5.3. Por otro lado, la contradicción en que, según la recurrente, habría incurrido el *a quo* al decidir dejar sin efecto todo lo actuado, sin perjuicio de la eventual utilidad de las medidas (fundamentalmente probatorias) ya cumplidas y que podrían ser ponderadas al momento de emitirse el pronunciamiento definitivo, también remite a la valoración de una cuestión de índole procesal que, por lo demás, no se vislumbra como irrazonable, sino como lógica consecuencia de lo resuelto (conf. este Tribunal, criterio adoptado por la mayoría *in re*: "Ayuso, Marcelo Roberto y otros c/Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 6368/08, sentencia del 26/8/2009).

5.4. Tampoco las restantes garantías y preceptos constitucionales que el recurrente afirma conculcados —defensa en juicio, debido proceso, facultades del CM— habilitan esta instancia extraordinaria.

En efecto, las genéricas manifestaciones del Consejo en el sentido de que "...la supeditación del concurso 31/06 (...) —nueva cautelar, tampoco solicitada por el interesado— a la suerte definitiva de la sentencia afecta gravemente el normal desarrollo de las actividades del organismo, derivadas de las facultades constitucionales y legales de este Consejo de la Magistratura, atento continuar en vilo un concurso público ——ahora a través de un proceso ordinario nunca solicitado por el actor—, con funcionarios designados, sobre cuya legalidad se ha expedido la señora jueza de grado..." (fs. 115 vta.) resultan insuficientes para tachar de arbitraria la sentencia impugnada. Si bien estos argumentos permitirían comprender que la reconducción dispuesta por el *a quo* provocaría a criterio del presentante una dilación para tener por firmes las designaciones realizadas en el marco del concurso 31/06, en el recurso no se ha realizado esfuerzo alguno para explicar de qué modo la señalada demora podría generarle al Consejo un perjuicio irreparable, en su derecho de defensa o respecto de algún otro derecho que le asista. Por lo antedicho, no cabe considerar al menos en esta oportunidad el peculiar alcance de la sentencia resistida, decisión que, de algún modo, parece intentar prevenir acerca de la inestabilidad de ciertas decisiones que habrían tenido ya plena ejecución, al no haberse logrado contrarrestarlas de modo efectivo en su hora.

5.5. Por último, que la sentencia de la Cámara se oriente en una dirección insatisfactoria para el agraviado no importa afectación de su derecho de defensa, ni habilita a calificar al fallo como arbitrario. Como se ha sostenido de manera reiterada, 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 de TSJBA], t. I, pp. 282 y ss.).

6. En virtud de las consideraciones expuestas, corresponde rechazar la queja deducida a fs. 122/135.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. La queja deducida por el Consejo de la Magistratura local cumple los requisitos formales previstos en la ley 402, pero debe ser rechazada, ya que no logra rebatir los fundamentos en que se basó la Cámara para denegar el precedente recurso de inconstitucionalidad: la inexistencia de sentencia definitiva o equiparable a tal, y de caso constitucional.

2. En anteriores pronunciamientos, este Tribunal ha analizado e interpretado el alcance del art. 22 de la ley 2145, que determina que, en el marco de los procesos de amparo, "...las sentencias que dicten los tribunales superiores de la causa se consideran definitivas a los efectos del recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad..." (véase, entre otros, "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, de fecha 27/8/2008; "Pouilleux, Alberto Marcelo s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Pouilleux, Alberto Marcelo c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. n° 6015/08, sentencia del 1º/10/2008).

En dichos precedentes, el Dr. Lozano —a cuyo voto en "Pouilleux" adherí— sostuvo que no cabe presumir que el legislador local haya usado el concepto de sentencia definitiva para abarcar a todos los pronunciamientos que la ley de amparo declara apelables. Antes bien, resulta lógico concluir que la noción aludida estuvo orientada a superar el debate que pudiera suscitarse en torno al carácter de cosa juzgada formal que la ley atribuye a las sentencias que contempla el art. 18 de la ley 2145 —aquellas que dejan "subsistente el ejercicio de las acciones que puedan corresponder a las partes, con independencia del amparo"— y su condición de pronunciamiento definitivo a los efectos del recurso de inconstitucionalidad; solución ésta destinada a no diferir la intervención del Tribunal, aun cuando la sentencia cuestionada se hubiera limitado a rechazar formalmente el amparo, si el recurrente demuestra que la decisión compromete la interpretación y/o aplicación de cláusulas de la Constitución Nacional y/o de la CCBA bajo las condiciones previstas en el art. 14 de la constitución local (art. 27 de LP).

La opción legal adoptada, entendida con ese alcance, también 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.

3. Aclarado el significado que corresponde atribuir al art. 22 de la ley 2145, resulta evidente que el pronunciamiento que ordenó reconducir la acción no constituye una sentencia definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad, ya que no pone fin al proceso ni impide su prosecución, sino que —por el contrario— permite que el juicio continúe, aunque regido por las reglas del proceso ordinario, a los efectos de posibilitar un mayor debate y prueba de la cuestión controvertida.

Tampoco demuestra el recurrente que esa decisión sea equiparable a una sentencia definitiva, ya que el recurrente no acredita que la decisión judicial cuestionada le cause perjuicios de carácter irreparable. En su intento de probar la existencia de tales perjuicios, sostiene que "...de no articularse el presente recurso quedaría sellada la suerte de este Consejo de la Magistratura respecto a cualquier posterior planteo sobre habilitación de instancia, apelabilidad de la medida cautelar dictada, entre otros, vulnerándose el derecho de defensa que le asiste..." (fs. 113 y 128). Pero los agravios invocados son meramente hipotéticos, la demandada presume que su derecho de defensa se verá restringido en cuanto a los planteos que pueda realizar, pero no aporta argumentos jurídicos razonables para sostener su aseveración, máxime teniendo en cuenta que la Cámara ordenó readecuar la demanda de conformidad con las previsiones del art. 269 y ss. del CCAyT, es decir que aún está inconclusa la etapa constitutiva de la litis.

4. A mayor abundamiento, la recurrente también fracasa en su intento de construir un caso constitucional centrado en la causal de arbitrariedad de sentencia.

Como acertadamente desarrolla el Dr. Casás en los aparts. 4 y 5 de su voto —a los que me remito y adhiero—, la sentencia cuestionada puede ser objeto de críticas pero, más allá de su acierto o error, presenta fundamentos suficientes que permiten desechar la tacha de arbitrariedad deducida.

Además, lo relativo a la actuación de los jueces de mérito en su carácter de directores del proceso, y a las decisiones que adoptan para encauzar los juicios conforme las normas procedimentales aplicables, constituye una cuestión procesal de naturaleza infraconstitucional, ajena al ámbito de la presente vía recursiva extraordinaria.

5. En consecuencia, voto por rechazar la queja deducida por el Consejo de la Magistratura.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Coincido con la Dra. Conde en que la queja debe ser rechazada en atención a que el recurso inconstitucionalidad que pretende defender esa presentación no se dirige contra una sentencia definitiva ni contra una equiparable a tal (conf. mis votos en "Pérez Molet" y "Pouilleux", ya citados por mi colega). No cambia la suerte de ese postulado lo sostenido por la recurrente con relación a que al mandar a reconducir el *sub judice* mediante un proceso ordinario "...quedaría sellada la suerte de este Consejo de la Magistratura respecto a cualquier posterior planteo sobre la habilitación de instancia..." (fs. 132 vta.). El recurrente no demuestra que lo decidido por la Cámara le impida realizar los planteos y defensas que estime pertinentes una vez que se cumpla con la reconducción ordenada, y menos aún que vaya a verse impedido de interponer aquellas defensas que, por la propia naturaleza del amparo, no haya presentado cuando la causa tramitaba bajo las reglas de ese proceso urgente, particularmente lo dispuesto por el art. 14 de la CCBA en cuanto a la no exigibilidad de agotar la vía administrativa.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

La queja fue interpuesta en tiempo y forma, sin embargo no puede prosperar. La presentación directa intentada no logra rebatir los fundamentos que apoyaron la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad por no dirigirse contra una sentencia definitiva.

Tal como sostuve en reiteradas ocasiones, la queja debe contener una crítica sólida y pormenorizada de los argumentos que dio la Cámara al denegar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto ("Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865/01, resolución del 9/4/2001).

La omisión de este requisito esencial determina el rechazo de la queja.

Así lo voto.

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 planteado por el Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2º. *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 - José O. Casás.*

CVI

"ALBA QUINTANA, PABLO C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Caso constitucional. DERECHO A UNA VIVIENDA DIGNA: Alcances. Hábitat adecuado. Déficit habitacional. SUBSIDIOS: Programa de atención a familias en situación de calle. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación General del Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Obligación de medios. DERECHOS HUMANOS. PRINCIPIO PROGRESIVO: Regresividad. PRESUPUESTO: Recursos limitados. PODER LEGISLATIVO: Reglamentación de los derechos constitucionales. PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES: Control constitucional. Cuestiones de hecho y prueba. PROHIBICIÓN DE *REFORMATIO IN PEIUS*: Debido proceso.

SUMARIOS:

1. El conflicto entre una ley local y la CCBA configura una cuestión constitucional compleja directa, prevista entre las que habilitan la intervención del Tribunal, según lo dispone el art. 27 de la ley 402. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

2. El art. 31 de la CCBA comienza por reconocer el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado y engloba un aspecto inexorablemente colectivo —hábitat adecuado— con otro que, como regla, implica, directamente o de modo indirecto, como puede ocurrir en los planes autogestionados, asignaciones individuales de recursos, y sólo puede imaginarse como atendido por bienes colectivos en situaciones excepcionales en las que una escasez insuperable impone compartir el techo. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

3. La reglamentación de los derechos incumbe al legislador, que debe cumplir tal tarea conforme las prioridades previstas por el constituyente y sin alterar el espíritu del mandato contemplado en el art. 31 de la CCBA. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

4. Para establecer el alcance del derecho a la vivienda contemplado en el art. 11 es preciso asumir, entre otras reglas, la de la progresividad prevista en el art. 2º, ambos del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, porque, si bien no ha sido puesto en tela de juicio que el art. 31 de la CCBA cumple con dicho pacto, la interpretación que de él se haga servirá necesariamente de pauta para la de la norma local, por aplicación de la regla hermenéutica, tantas veces recordada por la CSJN, con arreglo a la cual de dos interpretaciones debe optarse por aquella que armoniza mejor con la norma de rango superior. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

5. La sola circunstancia de que la CCBA (art. 31) prevé prioridades —personas que padecen pobreza crítica, necesidades especiales con pocos recursos, viviendas precarias o marginación— implica que el constituyente asumió que los recursos

son escasos y, por tanto, deben ser distribuidos según criterios transparentes que brinden apoyo antes a quienes tienen más necesidad. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

6. El inc. 1° del art. 31 de la CCBA dispone resolver progresivamente el déficit habitacional, que no es el único objeto del derecho enunciado en el encabezamiento de la norma, sino que esta previsión enlaza con la necesidad de afectar recursos no infinitos a distintas prestaciones de naturaleza social y cultural; educación y salud, esencialmente, que deben también ser atendidas por el Estado. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano)*.

7. A la luz de la relación entre el gobierno federal y los locales que organizan, entre otros, los arts. 5º, 31 y concordantes de la C.N., el art. 31 de la CCBA debe ser interpretado como un desarrollo de los derechos acordados por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), de modo que los derechos que confieren ambos cuerpos normativos no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

8. Las obligaciones de los Estados son en buena medida de medios no de resultados (Observación General 3 punto 1 del Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y las de medios llegan a la máxima medida de los recursos disponibles. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

9. La Ciudad de Buenos Aires no está obligada a proporcionar vivienda a cualquier habitante del país, o incluso del extranjero, que adolezca de esa necesidad, sino que su obligación se concreta en fijar programas y condiciones de acceso a una vivienda, dentro de las capacidades que sus posibilidades le permitan conforme el aprovechamiento máximo de los recursos presupuestarios disponibles. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

10. No existe un derecho subjetivo de cualquier persona para exigir en forma inmediata y directa de la Ciudad de Buenos Aires la plena satisfacción de su necesidad habitacional; sí, en cambio, para que el universo de destinatarios a quienes el GCBA debe asistir, pueda requerir la cobertura habitacional indispensable —sea a través de hogares o paradores—. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

11. La progresividad del art. 2º del PIDESC constituye una salvaguarda para los Estados cuando no pueden cumplir inmediatamente los deberes asumidos, pero las medidas son, en el criterio del Observación General 3 punto 9, de resultado e inmediatamente exigibles, y la adopción de las que conduzcan al pleno cumplimiento del pacto pesa sobre los Estados a partir de su vigencia como una obligación de actuar expeditiva y efectivamente como sea posible hacia el logro de las metas previstas. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

12. No cabe medir la mejora según lo que toque a cada individuo, sino que debe serlo globalmente para toda la población, ni tampoco cabe pensar separadamente los derechos contemplados en el PIDESC sino que hay que pensarlos en conjunto, según se desprende de que los recursos disponibles lo son para el conjunto, desde que la Observación General 3 del Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al analizar el concepto de progresividad y regresividad relaciona esas calificaciones con el conjunto de medidas y de derechos alcanzados por las pre-

visiones del PIDESC en función del máximo de recursos disponibles. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

13. Las medidas que deben adoptar los Estados en el marco del PIDESC deben ser las mejores que permitan los recursos de que se dispone, y corresponden en buena parte a los poderes legislativos (OG3 puntos 3, 4, 6, 8, 11 y 15), pues incumbe primariamente al Poder Legislativo establecer cuáles son los recursos disponibles y, además, nada asegura mejor que una medida legislativa la igualdad en la distribución de beneficios (punto 3). *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

14. No hay evidencias de que los órganos políticos federales hayan querido que el contenido de las obligaciones asumidas mediante el PIDESC exceda el que el GCBA se propuso, ni que haya asignado recursos a través de políticas nacionales de vivienda para que la CABA los implemente en su territorio. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

15. El art. 31 de la CCBA impone al GCBA atender con medidas y recursos diversos la carencia de vivienda digna de sus habitantes, empleando asimismo los medios de los que dispone para brindarles un hábitat adecuado; responsabilidad que pesa primariamente sobre el Poder Legislativo. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

16. El art. 31 de la CCBA no brinda derecho inmediato e irrestricto a obtener una vivienda del Estado, sino que éste debe cumplir progresivamente con las finalidades propuestas: viviendas dignas y hábitat adecuado y la inversión debe estar dirigida tanto a vivienda como a infraestructura y servicios. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

17. Los subsidios no son los únicos medios de cumplir con la manda constitucional del art. 31, CCBA, pueden ser tanto totales como parciales; y deben ser distribuidos según prioridades contempladas en la CCBA y en los tratados internacionales, sin perjuicio de otras que el legislador escoja y siempre que sean compatibles con aquellas. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

18. El Estado debe brindar al menos un techo a quien esté dentro del universo de individuos al que le toca asistir y no lo tenga. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

19. Los subsidios para vivienda no constituyen la política a que hace referencia el art. 31 de la CCBA, sin embargo, forman parte de ella, como medidas transitorias tendientes a paliar la urgente necesidad habitacional de ciertos grupos que se encuentran, objetivamente, en desventaja para procurarse por sí un lugar donde vivir. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

20. El derecho que los subsidios generan a posibles beneficiarios, es un derecho de carácter asistencial, no exigible por cualquier habitante que carece de vivienda, sino sólo por quienes se encuentran dentro de los parámetros objetivos fijados por la reglamentación que resulten compatibles con el bloque normativo aplicable (art. 31, CCBA y PIDESC). *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

21. Corresponde al legislador, expositor de la voluntad general, reglamentar los derechos acordados por la Constitución y, sin alterar su espíritu, es él quien debe elegir la política así como los mecanismos para dar satisfacción a las necesidades de vivienda y hábitat adecuado. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

22. El plan de gobierno surge de la labor parlamentaria en la que conviven, cada uno con competencias propias, tanto la rama legislativa como la ejecutiva, y a ésta última le corresponde, por regla, ejecutar, dentro del margen que la ley le acuerde, las políticas públicas decididas por el legislador. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

23. En ejercicio de sus propias competencias ni el Poder Ejecutivo (v. gr. art. 104, inc. 17, de la CCBA) ni el Poder Judicial (art. 106, CCBA) pueden asumir las elecciones privativas del legislador, y solamente en el ámbito legislativo puede establecerse el modo de afectar y distribuir recursos, elección que, en materia de vivienda debe observar las prioridades contempladas en el art. 31 de la CCBA así como aquellas otras que determine el legislador y resulten compatibles. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

24. No corresponde al Poder Judicial seleccionar políticas públicas ni expedirse en torno a su idoneidad o conveniencia y mucho más evidente surge la falta de medios para asumir tal tarea, medios que faltan precisamente porque no atañe al Poder Judicial asumir la misión de elaborar un plan de gobierno, circunstancia que no importa negarle toda intervención posible en materia de vivienda. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

25. Al remover cualquier eventual obstáculo puesto por una medida del GCBA al aprovechamiento de los beneficios que instituya conforme las prioridades, el juez no viene a disponer discrecionalmente de recursos cuya afectación incumbe exclusivamente al Poder Legislativo, sino que sencillamente repone las prioridades según lo manda la CCBA, donde cada poder encuentra su límite dentro del juego constitucional. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

26. No se discute que el otorgamiento de subsidios debe ser instrumentado por medio de actos administrativos dirigido a los destinatarios del beneficio, pero ello no significa que esa competencia no deba ser ejercida en el marco de reglas preestablecidas de distribución de los recursos afectados, en el caso, a la satisfacción del derecho del art. 31 de la CCBA; competencia, esta sí, típicamente legislativa. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

27. Es al Poder Legislativo a quien le compete, a la luz de la distribución de competencias que realiza la CCBA, establecer las pautas en base a las cuales los otros dos poderes, el Ejecutivo y el Judicial, deben hacer uso de las facultades que la CCBA les acuerda. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

28. El régimen de subsidios debe ser analizado por los jueces bajo el prisma del art. 31 de la CCBA, con el objeto de constatar que, por un lado, la aplicación de los recursos presupuestarios, por naturaleza limitados, estén dirigidos, en primera medida, a atender a las familias o personas que padezcan necesidades de las contempladas en la CCBA y, por el otro, que las medidas de distribución adoptadas resguarden la garantía de igualdad. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

29. No resulta inconstitucional el otorgamiento de subsidios temporarios para hacer frente a la manda del art. 31 de la CCBA, ni tampoco que su monto no sea suficiente, por sí sólo, para solventar el costo de una vivienda digna, pero sí lo es que la distribución de esos subsidios, por naturaleza limitados, no respete las prioridades establecidas en el art. 31 de la CCBA; situación que, hoy en día, puede ser presumida por los jueces cuando el beneficio le es denegado a una persona que se halla dentro del universo de personas con prioridad (conf. art. 31 de la CCBA). *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

30. Si los jueces llegan a la conclusión, frente a un pedido de parte legitimada, de que corresponde que sea entregado o renovado el subsidio que se reclama, ello no implica que corresponda apartarse de los montos dispuestos en el dec. 960/08, toda vez que la CCBA no garantiza el derecho a percibir un importe que, por sí sólo, sea suficiente para pagar una vivienda digna. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

31. El alcance que el bloque normativo brinda al derecho a la vivienda incluye la obligación de brindar a quienes se encuentran dentro del universo al que el GCBA debe asistir, al menos, la protección de un techo o albergue básico, que no equivale a solventarle una vivienda. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

32. A diferencia de lo que entendió la Cámara, no resulta inconstitucional un subsidio que otorga un monto que no sea suficiente, por sí sólo, para acceder a una vivienda, de modo que la condena no pudo ser dictada sin un monto determinado y éste, a su vez, no puede ser otro que el establecido en el art. 3º del dec. 960/08, ni tampoco es inconstitucional, *per se*, un subsidio cuando es otorgado por período acotado; cuestiones ambas que, a su vez, el *a quo* resolvió en forma dogmática. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

33. Los jueces no pueden decidir directamente cómo afectar los recursos públicos, facultad esta última privativa del Poder Legislativo y, por ende, ajena al Poder Judicial, y menos aun hacerlo sin siquiera contar con elementos que muestren qué impacto puede tener esa resolución en el presupuesto. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

34. Resolver la prolongación de los subsidios a quienes, por un lado, mantienen la necesidad de recibirlo aunque han percibido la totalidad de las cuotas previstas en el régimen y, por otro, pertenecen a un grupo que merece una prioridad respecto de otros beneficiarios contemplados en el decreto, no implica crear ni el régimen ni obliga a asignar partidas no previstas a fin de subsidiar, sino que se limita a establecer que no se puede subsidiar al grupo menos necesitado sin subsidiar al que lo está más. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

35. La sentencia recurrida destaca que el dec. 960/08 aumentó el importe del subsidio, dato que prueba que el régimen impugnado afectó mayores recursos y avanza en una de las políticas destinadas a resolver progresivamente el déficit habitacional y nada de lo dicho por el *a quo* permite sostener que entre el dec. 690/06 y el 960/08 existe regresión. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

36. La progresividad, aún en la tesitura del *a quo* que la considera un mecanismo autónomo de control desvinculado de otros aspectos como el presupuestario, se mide en relación con las normas aplicables y no en relación con beneficiarios individuales como pretende la sentencia impugnada, pues lo contrario supondría admitir que, por ejemplo, una nueva política que duplica los beneficios disponibles podría quedar invalidada si el grupo de destinatarios sufre cualquier alteración. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

37. El bloque normativo que regula el derecho a la vivienda no brinda derecho inmediato e irrestricto a obtener una vivienda, los subsidios son medios paliativos que pueden ostentar carácter parcial y temporario sin que corresponda a los jueces asignarlos aunque a ellos toca asegurar que esa asignación respete las prioridades previstas en el art. 31 de la CCBA, pudiendo presumirse que la vigencia del beneficio debe mantenerse cuando el accionante cumple con la carga de probar su situación prioritaria en relación con otros posibles destinatarios del régimen. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

38. Tanto establecer si están dadas las condiciones previstas en el dec. 960/08, como determinar si el amparista ha logrado demostrar estar comprendido en alguna de las prioridades previstas en la CCBA para mantener el beneficio del subsidio que se pretende en la medida que él es concedido a personas con menores necesidades, remiten a la valoración de cuestiones de hecho y prueba que exceden las competencias del Tribunal en la vía intentada. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

39. El fallo cuestionado no fija el monto que el GCBA estaría obligado a proveer al actor, ni parámetros claros para definirlo, toda vez que las pautas establecidas en el decisorio son de una extrema laxitud, en tanto no permiten determinar qué debe entenderse por la provisión de un subsidio que le permita al actor abonar en forma íntegra un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad, indeterminación que, indefectiblemente, coloca al GCBA en situación de indefensión, pues carece de pautas para dar cumplimiento a la condena impuesta en el fallo desde que ignora con qué monto concreto se considerará acatada la sentencia. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

40. En cuanto a los subsidios habitacionales, la cláusula constitucional examinada (art. 31 de la CCBA), con un claro sentido reglamentario, suministra criterios que fijan el cauce dentro del cual deben actuar los poderes políticos al dictar las normas complementarias —tal como el contenido en el primer inciso que prioriza a las personas que padecen de una pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos—, directivas que al estar contenidas en el vértice del ordenamiento jurídico habilitan el pertinente ejercicio del control judicial, aún en las ayudas temporarias que obran como paliativos ante el déficit de vivienda que afecta a los sectores sociales más postergados. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

41. En situaciones de extrema vulnerabilidad social la afectación del derecho a la vivienda digna conduce a consolidar desigualdades y a profundizar la exclusión. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

42. Las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos deben ser interpretadas a partir de las decisiones jurisprudenciales y de las opiniones y dictámenes de los órganos del sistema internacional e interamericano. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

43. La referencia expresa que hace el art. 31 de la CCBA a la resolución progresiva de la problemática habitacional consolida el compromiso constitucional del Estado de generar, sin solución de continuidad, políticas públicas orientadas a la satisfacción plena del derecho a la vivienda adecuada. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

44. El subsidio no tiene, como afirma el recurrente, "carácter excepcional', y en un caso como el de autos y en la medida en que el Estado no pueda proporcionar soluciones permanentes, el subsidio debe ser regla, porque la pobreza crítica es la situación de excepción que el constituyente ha optado por resolver progresivamente (conf. art. 31.1, CCBA); y cuando esa pobreza se instala en la sociedad, es razonable que las autoridades recurran a diversos sistemas de atención, siempre que su aplicación sucesiva no implique la disminución y/o la privación de las prestaciones ya reconocidas. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

45. La opinión del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales deja en claro que la obligación mínima del Estado en la realización plena y progresiva de los derechos consagrados en el PIDESC consiste en observar la prohibición de regresividad, posibilitando el goce y exigibilidad de los derechos sociales, cuanto menos en el nivel que se hubiera alcanzado en un momento determinado. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

46. El sistema internacional de derechos humanos fue creado en protección de las personas, lo que presupone que los derechos que se reconocen son exigibles jurisdiccionalmente y no dependen de la discrecionalidad de la administración o el legislador. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

47. El GCBA debió probar que no sub-ejecutó las partidas correspondientes a los programas de vivienda, o bien que esas partidas ya habían sido asignadas a otros beneficiarios, o bien acreditar que priorizó la atención de políticas públicas destinadas a la protección de los derechos y dar razones suficientes para habilitar un juicio de ponderación entre las distintas políticas públicas involucradas. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

48. La Cámara no incurrió en la afectación constitucional del debido proceso y de la defensa en juicio por transgredir la prohibición de *reformatio in peius*, pues no varió el derecho reconocido en la sentencia de la anterior instancia sino la forma de hacerlo efectivo a fin de garantizar plenamente las prescripciones constitucionales que rigen la materia de autos. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. SACAyT n° 6754/09 - 12/5/2010

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Sr. Pablo Alba Quintana interpuso acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, GCBA) a fin de que se lo incorporara al programa habitacional actualmente vigente. Pidió, además, que en caso de otorgarse un subsidio, su monto le permitiera abonar íntegramente el costo del lugar en el cual se aloje, conforme el valor actual de los alquileres de habitaciones de hotel, pensiones, inquilinatos y/o similares en el ámbito de esta ciudad. Planteó, también, la inconstitucionalidad de los arts. 5º y 6º del dec. 690/06 y de toda otra norma que implicase restringir el derecho a acceder a los planes de emergencia habitacional que encuentren igual fundamento; así como la de los arts. 22 y 23 de la ley 2145 en cuanto acortan los plazos para la interposición del recurso de inconstitucionalidad y de queja (fs. 1/12 vta.).

Manifiestó que por intermedio del Programa de Atención a Familias recibió el total del subsidio habitacional previsto en el dec. 690/06 (de $ 4.500), con el cual abonó la habitación de un hotel. Al vencerse dicho subsidio, solicitó verbalmente su extensión, pero se le indicó que ello no era posible. Apuntó, también, que tiene 41 años de edad, que está solo, que debió ser intervenido quirúrgicamente, que es tratado por una afección cardíaca, que recibe comida en el comedor "San Vicente" de la calle Constitución nº 1407, CABA y que sus únicos ingresos provienen de eventuales "changas" que puede conseguir pero que no le alcanzan para lograr su sustento.

Asimismo, como medida cautelar, requirió que mientras durase la tramitación del amparo, se ordenase al GCBA que lo incluyera en los programas de emergencia habitacional, medida a la que el juez de primera instancia hizo lugar (fs. 33/34) y fue acatada por la demandada (véase fs. 52).

2. La demandada, al contestar el traslado de la acción promovida, solicitó su rechazo por entender que: *a)* la cuestión se había tornado abstracta al encontrarse el actor bajo la cobertura habitacional que le proporcionaba el Programa de Atención a Familias en Situación de Calle; *b)* no existía una obligación jurídica incumplida por parte del Gobierno; y *c)* no se verificaba la existencia de un caso o controversia (fs. 44/50 vta.).

3. El juez de primera instancia hizo lugar a la acción de amparo, declaró la inconstitucionalidad de la determinación de plazos de vigencia de los programas de asistencia habitacional, sea cual fuere su denominación, en tanto su vigencia debía supeditarse estrictamente a la continuidad o no de las causas que fundaron la inclusión de los beneficiarios en los programas y ordenó al GCBA que "...garantice en términos efectivos el derecho a una vivienda adecuada y digna de los

accionantes, ello hasta tanto cesen fehacientemente las causas que originaron su asistencia...” (fs. 67/73).

4. El GCBA apeló la sentencia sosteniendo que en ella no se determinó concretamente el acto u omisión en que incurrió el GCBA, que se prescindió de constancias de la causa, que no existió deber jurídico incumplido, que la cuestión había devenido abstracta, que el fallo pasó por alto la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia, que la sentencia dictada había invadido facultades propias de la Administración y que resultaba infundada la declaración de inconstitucionalidad (fs. 75/85).

5. Contestado el traslado por la parte actora de los agravios planteados por el GCBA (fs. 100/107), la Sala II de la Cámara CAyT —en atención al dictado del dec. 960/08— dispuso correr traslado de él a las partes (fs. 110), los que fueron contestados a fs. 111/ y vta. por el GCBA y a fs. 112/122 vta. por la parte actora.

6. Luego la Cámara resolvió —con sustento en normas constitucionales locales, pactos internacionales recogidos en el texto constitucional nacional, principios rectores en materia de derechos humanos y precedentes de ese y este Tribunal—, “...*I.* Rechazar el recurso deducido por la demandada. Sin costas. *II.* Ordenar a la demandada la provisión de un subsidio que le permita al actor abonar en forma íntegra un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad, hasta tanto se acrediten nuevas circunstancias que permitan concluir que su estado de necesitad ha cesado...” (el destacado pertenece al original, fs. 140/143).

Al respecto, señaló que “...es claro que el modo en que concretamente corresponde asistir al actor es resorte exclusivo de la Administración. Sin embargo ello no empece a que, frente a la omisión estatal, el Tribunal ordene la debida asistencia, con las exigencias normativas transcriptas...”. Consideró, además, que la circunstancia de que en la actualidad el actor percibiera una ayuda asistencial legalmente prevista no implicaba que la situación de emergencia por él denunciada —y no desconocida por la contraria— hubiese cesado o pudiera cesar, sino que únicamente de manera provisoria el derecho vulnerado se encontraba asistencialmente protegido.

Finalmente, entendió que nada correspondía resolver con relación a la inconstitucionalidad de los plazos establecidos en el dec. 690/06 porque, a su juicio, la modificación que introdujo el dec. 960/08, la dispensaba de tratar esa cuestión. Respecto de este último, concluyó que “...fundamentalmente a partir del concepto de no regresividad ... la demandada deberá proveer un subsidio que asegure a la parte actora un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad ... que le permita al demandante abonar en forma íntegra un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad, hasta tanto se acrediten nuevas circunstancias que permitan concluir que su estado de necesidad ha cesado” (fs. 142 vta.).

7. Contra dicha resolución, el GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 147/158). Centró sus agravios en: *a)* la afectación del debido proceso y de la defensa en juicio, *b)* la vulneración del principio de división de poderes, *c)* la lesión

del derecho de propiedad, *d)* gravedad institucional, *e)* incongruencia, *f) reformatio in peius*, *g)* la afectación del principio de legalidad; *h)* la arbitrariedad de la sentencia, *i)* la errónea interpretación de las normas constitucionales implicadas.

8. La Cámara de Apelaciones concedió el recurso de inconstitucionalidad deducido por el GCBA, excepto respecto a la invocación de las doctrinas de la arbitrariedad y gravedad institucional (fs. 185/186 vta.).

9. Requerido su dictamen, el fiscal general adjunto, propició declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad articulado por el GCBA porque no advierte que "...se halle configurado, en la especie, el recaudo de demostrarse la existencia de causa constitucional en la doctrina que tiene elaborada V.E...." (fs. 195/197).

FUNDAMENTOS:

Los jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano dijeron:

1. Los términos en que fue impuesta la condena al GCBA (véase punto 6 de los "Resulta") solamente son compatibles con la declaración de inconstitucionalidad del dec. 960/08, lo que lleva a estimarla implícita (conf. doctrina de *Fallos,* 303:1006 y sus citas, entre muchos otros).

En tales condiciones, el conflicto entre una ley local y la CCBA configura una cuestión constitucional compleja directa, prevista entre las que habilitan la intervención del Tribunal, según lo dispone el art. 27 de la ley 402.

2. Para fundar la condena impugnada el *a quo* buscó apoyo en el derecho a la vivienda digna que consagran, a su juicio, los arts. 17 y, principalmente, 31 de la CCBA, como así también, el art. 2º, párrafo primero, y el 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Por su parte, el GCBA se agravia por cuanto, según destaca, la sentencia cuestionada se limitó a transcribir las normas constitucionales mencionadas, sin hacerse cargo de sus argumentos. En particular, sostiene que si bien el art. 31 de la CCBA reconoce el derecho a acceder a una vivienda digna, lejos está esa norma de reconocer, a diferencia de lo que entendió la Sala II CAyT, "...que los individuos tienen derecho *sine die* a disfrutar de subsidios otorgados [por el Estado]..." para atender esa manda (fs. 156). En ese orden de ideas, manifiesta que el actor al haber percibido y agotado el subsidio establecido por el dec. 690/06, carecería del derecho a continuar percibiendo un subsidio habitacional, menos aún, afirma, a percibir uno que exceda los montos previstos en el mencionado decreto (modificados por el dec. 960/08). Concluye su razonamiento afirmando que con el dictado de esas normas, los decs. 690/06 y 960/08, vino a cumplir con el mandato constitucional de proveer y brindar "...asistencia habitacional, partiendo del principio de mayor urgencia y necesidad para [la] adjudicación [de subsidios], compatibilizando la ayuda social con la existencia de recursos disponibles y afectados para tal fin..." (fs. 149).

3. El debate desplegado en autos por las partes y, en especial, el insuficiente desarrollo con que el tema fue abordado por los jueces de mérito no limitan al Tribunal en cuanto al establecimiento de la inteligencia que cabe atribuir a los preceptos constitucionales en juego (conf. *mutatis mutandi Fallos*, 308:647; 307:1457; 329:2876 y 3666, entre otros).

4. Para un mejor tratamiento y análisis del eje central de los planteos propuestos conviene transcribir el texto del art. 31 de la CCBA, norma que contiene una formulación muy rica.

La Ciudad reconoce el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado. Para ello:

1. Resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos.
2. Auspicia la incorporación de los inmuebles ociosos, promueve los planes autogestionados, la integración urbanística y social de los pobladores marginados, la recuperación de las viviendas precarias y la regularización dominial y catastral, con criterios de radicación definitiva.
3. Regula los establecimientos que brindan alojamiento temporario, cuidando excluir los que encubran locaciones.

El artículo transcripto comienza por reconocer el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado.

En esta cláusula, la CCBA engloba un aspecto inexorablemente colectivo —hábitat adecuado— con otro que, como regla, implica, directamente o de modo indirecto, como puede ocurrir en los planes autogestionados, asignaciones individuales de recursos, y sólo podemos imaginarlo como atendido por bienes colectivos en situaciones excepcionales en las que una escasez insuperable impone compartir el techo.

La reglamentación de esos derechos incumbe al legislador, que debe cumplir tal tarea conforme las prioridades previstas por el constituyente y sin alterar el espíritu del mandato contemplado en el art. 31 de la CCBA.

Inmediatamente, la norma organiza en tres incisos una batería de medios para atender dicho derecho. Esas previsiones abarcan desde el ejercicio del poder de policía, del tercer apartado, hasta la organización de los beneficiarios y el apoyo de la autogestión para erigir viviendas, pasando por el otorgamiento de subsidios según prioridades.

El resultado que la CCBA pone a cargo del Estado no es de cumplimiento instantáneo. La sola circunstancia de que prevé prioridades —personas que padecen pobreza crítica, necesidades especiales con pocos recursos, viviendas precarias o marginación— implica que el constituyente asumió que los recursos son escasos y, por tanto, deben ser distribuidos según criterios transparentes que brinden apoyo antes a quienes tienen más necesidad.

En la misma senda y con una formulación explícitamente omnicomprensiva, el inc. 1° dispone resolver progresivamente el déficit habitacional, que, como dije

no es el único objeto del derecho enunciado en el encabezamiento. Esta previsión enlaza con la necesidad de afectar recursos no infinitos a distintas prestaciones de naturaleza social y cultural; educación y salud, esencialmente, que deben también ser atendidas por el Estado. Además, tiene un propósito que no se puede perder de vista y que consiste en posibilitar radicaciones definitivas, tal como establece el inc. 2º, es decir, ni propende a distribuir con miras a fomentar la inmigración ni la emigración.

5. El art. 31 de la CCBA se enmarca en el contexto normativo de la C.N. y particularmente en el del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, elevado a la jerarquía de regla constitucional, en las condiciones de su vigencia, por el texto del art. 75 inc. 22 de la C.N. en la modificación introducida en 1994. Las disposiciones de dicho tratado internacional también son asumidas como compromiso por el constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el art. 10 de la CCBA.

A la luz de la relación entre el gobierno federal y los locales que organizan, entre otros, los arts. 5º, 31 y concordantes de la C.N., dicho art. 31 de la CCBA debe ser interpretado como un desarrollo de los derechos acordados por el Pacto Internacional. Los derechos que confieren ambos cuerpos normativos no "pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos".

Corresponde, entonces, establecer el alcance del derecho a la vivienda contemplado en el art. 11, lo que supone asumir, entre otras reglas, la de la progresividad prevista en el art. 2º, ambos del Pacto Internacional en cuestión. Ello así, porque, aunque no ha sido puesto en tela de juicio que el art. 31 de la CCBA cumple con dicho pacto, la interpretación que de él se haga servirá necesariamente de pauta para la de la norma local, por aplicación de la regla hermenéutica, tantas veces recordada por la CSJN, con arreglo a la cual de dos interpretaciones debe optarse por aquella que armoniza mejor con la norma de rango superior (*Fallos,* 182:486; 184:5; 186:258; 200:165; 281:146; 296:22; 297:142; 299:93; 301:460; 304:794 y 314:1445 entre otros). A ello se suma la circunstancia ya apuntada de que la progresividad prevista en el art. 2º del Pacto Internacional ha constituido el punto de apoyo al que acudió el *a quo* para asentar su pronunciamiento.

La Observación General 3 del Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1990, "La índole de las obligaciones de los Estados partes", art. 11 [2], en adelante OG3), suministra una visión que nos sirve indudablemente de guía y que ha sido tenida en cuenta a la hora de formular la interpretación del art. 31 vertida *infra*.

5.1. En primer término, las obligaciones deben ser cumplidas por todos los medios apropiados y principalmente mediante medidas legislativas, sin que ello signifique que la administración no deba contribuir al cumplimiento —art. 2º (1) del Pacto y punto 3 del OG3— pero, cada poder dentro de la función que le incumbe. Son razones esenciales, para esta prelación de las medidas legislativas, la necesidad

de garantizar la igualdad en la distribución de los beneficios (OG6 y puntos 1 y 3 del OG3) y la circunstancia de que la obtención de los recursos y su asignación es una base esencial para el cumplimiento (OG3 punto 1).

5.2. Las obligaciones de los Estados son en buena medida de medios no de resultados (OG3 punto 1) y las de medios llegan a la máxima medida de los recursos disponibles.[6] Los recursos disponibles limitan aun la progresividad en el cumplimiento pleno de los compromisos emergentes del PIDESC. De todos modos, no es menos cierto que el párrafo 1º del art. 2º del tratado obliga a cada Estado parte a tomar las medidas necesarias "hasta el máximo de los recursos de que disponga", por tanto, para que cada Estado parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar el máximo de los recursos que están a su disposición para satisfacer sus obligaciones (conf. OG3, puntos 9 y 10).

Esto significa que la Ciudad de Buenos Aires no está obligada a proporcionar vivienda a cualquier habitante del país, o incluso del extranjero, que adolezca de esa necesidad. Su obligación se concreta en fijar programas y condiciones de acceso a una vivienda, dentro de las capacidades que sus posibilidades le permitan conforme el aprovechamiento máximo de los recursos presupuestarios disponibles.

No existe un derecho subjetivo de cualquier persona para exigir en forma inmediata y directa de la Ciudad de Buenos Aires la plena satisfacción de su nece-

[6] "Sobre la base de la extensa experiencia adquirida por el Comité, así como por el organismo que lo precedió durante un período de más de un decenio, al examinar los informes de los Estados partes, el Comité es de la opinión de que corresponde a cada Estado parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Así, por ejemplo, un Estado parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, *prima facie* no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto. Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser. Análogamente, se ha de advertir que toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata. El párr. 1º del art. 2º obliga a cada Estado parte a tomar las medidas necesarias 'hasta el máximo de los recursos de que disponga'. Para que cada Estado parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas" (conf. OG3, punto 10).

"El Comité desea poner de relieve, empero, que, aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, sigue en pie la obligación de que el Estado parte se empeñe en asegurar el disfrute más amplio posible de los derechos pertinentes dadas las circunstancias reinantes. Más aún, de ninguna manera se eliminan, como resultado de las limitaciones de recursos, las obligaciones de vigilar la medida de la realización, o más especialmente de la no realización, de los derechos económicos, sociales y culturales y de elaborar estrategias y programas para su promoción" (conf. OG3, punto 11).

sidad habitacional. Sí, en cambio, para que el universo de destinatarios a quienes el GCBA debe asistir, pueda requerir la cobertura habitacional indispensable —sea a través de hogares o paradores— conforme se explicará más adelante.

5.3. Asimismo, el otorgamiento por los Estados pactantes de derechos susceptibles de ser invocados ante sus órganos judiciales constituye un deber de esos Estados, que, en nuestro caso, pesan tanto sobre el Estado federal como sobre los locales que han investido al federal de la misión de representarlos ante la comunidad internacional (OG3 punto 5).

5.4. La progresividad del art. 2º constituye en ese sentido una salvaguarda para los Estados cuando no pueden cumplir inmediatamente los deberes asumidos. Empero, adoptar las medidas (versión española), *taking the steps* (inglesa) o *s'engage à agir* (francesa), son, en el criterio del OG3 punto 9, de resultado, e inmediatamente exigibles, de manera que, a partir de la vigencia del pacto, los gobiernos sobre los que pesa el deber de cumplir el pacto deben adoptar medidas que conduzcan al pleno cumplimiento.

Ello implica que, en cada momento, debe exhibirse, en lo posible, un paso más que los acumulados en los momentos precedentes, y, al menos, no uno en sentido contrario.

Los pasos deben ser deliberados, concretos y apuntados tan claramente como sea posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas por el Pacto.[7]

En otras palabras, el art. 2º impone la obligación de moverse tan expeditiva y efectivamente como sea posible hacia el logro de las metas previstas. Más aún, la OG3 destaca que "...todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga" (OG3, punto 9, *in fine*).

5.5. En esa línea, no cabe medir la mejora según lo que toque a cada individuo, tal como parece ser la concepción del *a quo*, sino que debe serlo globalmente para toda la población. Tampoco cabe pensar separadamente los derechos contemplados en el PIDESC sino que hay que pensarlos en conjunto, según se desprende de que los recursos disponibles lo son para el conjunto. La tan citada OG3 al analizar el concepto de progresividad y regresividad relaciona esas calificaciones con el conjunto de medidas y de derechos alcanzados por las previsiones del PIDESC en función del máximo de recursos disponibles (véanse puntos 9 y 10).

5.6. Las medidas deben ser las mejores que permitan los recursos de que se dispone.

[7] "Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto" (conf. OG3, punto 2, *in fine*).

5.7. Esas medidas corresponden en buena parte a los poderes legislativos (OG3 puntos 3, 4, 6, 8, 11 y 15). Por un lado, incumbe primariamente al Poder Legislativo establecer cuáles son los recursos disponibles y, además, nada asegura mejor que una medida legislativa la igualdad en la distribución de beneficios (punto 3).

5.8. A esta altura de la exposición resulta necesario recordar que la interpretación del Pacto Internacional no incumbe solamente a los jueces (art. 31 de la C.N.) sino también al Poder Ejecutivo Nacional en su carácter de conductor de las relaciones exteriores. Esto obliga a un delicado equilibrio en el cual los jueces deben tener presente la necesidad de que la República pueda operar como un coherente sujeto de derechos en la comunidad internacional. No hay evidencias de que los órganos políticos federales hayan querido que el contenido de las obligaciones asumidas mediante el PIDESC exceda el que el GCBA se propuso, ni que haya asignado recursos a través de políticas nacionales de vivienda para que la CABA los implemente en su territorio.

5.9. Una segunda obligación de resultado surge del PIDESC en la concepción de la Observación General 3, punto 10: los Estados deben asegurar un piso a los derechos que deben tutelar. Esto impone a los Estados el deber de priorizar el uso de los recursos de que disponen. En el caso del derecho que nos ocupa, el deber consiste en brindar al menos un resguardo básico al universo de individuos al que tiene el deber de asistir (OG3 punto 10). En este sentido, el punto 10 de la OG3 apunta que "...al examinar los informes de los Estados partes, el Comité es de la opinión de que corresponde a cada Estado parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos" y enumere como expresión mínima de esos derechos el acceso a, por ejemplo, "...alimentos esenciales, atención primaria de salud esencial, *de abrigo y vivienda básicos*..." (el destacado no figura en el original). Resulta ilustrativo mencionar que en las versiones en inglés y francés, para lo que aquí importa, se usan respectivamente los términos *shelter and housing* y *logement*. Traducido al español *shelter* es "abrigo" o "refugio" y combinada con *housing* o *logement* remite a la idea de alojamientos gubernamentales u oficiales (conf. Diccionario *Oxford Spanish Dictionary*, Oxford University Press, 2005 y *Espasa Grand: español-francés*, Espasa-Calpe, 2000). En la interpretación del Comité, el parador estatal destinado a brindar "abrigo" aparece como la expresión mínima del derecho a la vivienda. Una manifestación de ese derecho que, por austera, no debe dejar de reunir condiciones indispensables de dignidad.

6. A esta altura, a partir de tales directivas constitucionales analizadas en el contexto reseñado, es posible y necesario determinar la inteligencia atribuible al art. 31 de la CCBA.

El texto comentado lleva a adoptar la siguiente interpretación o doctrina:

– El art. 31 impone al GCBA:

a) atender con medidas y recursos diversos la carencia de vivienda digna de sus habitantes,[8] al mismo tiempo que debe emplear los medios de los que dispone para brindarles un hábitat adecuado;

b) esa responsabilidad pesa primariamente sobre el Poder Legislativo;

c) no brinda derecho inmediato e irrestricto a obtener una vivienda del Estado;

d) sino que éste debe cumplir progresivamente con las finalidades propuestas: viviendas dignas y hábitat adecuado;

e) la inversión debe estar dirigida tanto a vivienda como a infraestructura y servicios;

f) los subsidios no son los únicos medios de cumplir con la manda constitucional y pueden ser tanto totales como parciales;

g) deben ser distribuidos según prioridades contempladas en la CCBA y en los tratados internacionales, sin perjuicio de otras que el legislador escoja y siempre que sean compatibles con aquellas.

h) el Estado debe brindar al menos un techo a quien esté dentro del universo de individuos al que le toca asistir y no lo tenga.

Los subsidios para vivienda no constituyen la política a que hace referencia el art. 31 de la CCBA, según ya ha sido explicado. Sin embargo, forman parte de ella, disponiendo medidas transitorias tendientes a paliar la urgente necesidad habitacional de ciertos grupos que se encuentran, objetivamente, en desventaja para procurarse por sí un lugar donde vivir.

En ese marco, el derecho que generan a posibles beneficiarios, es un derecho de carácter asistencial, no exigible por cualquier habitante que carece de vivienda, sino sólo por quienes se encuentran dentro de los parámetros objetivos fijados por la reglamentación que resulten compatibles con el bloque normativo aplicable (art. 31, CCBA y PIDESC).

Dentro de este esquema, no debe olvidarse que los beneficiarios que pretenden aprovechar el subsidio o programa especial de vivienda social, deben cumplir los requisitos y condiciones impuestos por las normas. Ese cumplimiento debe ser acreditarlo fehacientemente para que exista un deber a cargo del GCBA cuyo cumplimiento sea exigible en sede judicial. Se trata de una carga procesal que quien pretende ser beneficiario del subsidio, tiene el deber legal de demostrar.

7. Establecido ello y, para quedar en condiciones de resolver los planteos formulados al Tribunal, corresponde comenzar por enmarcar los derechos y obligaciones contemplados en el art. 31 de la CCBA dentro del sistema de gobierno organizado por la Constitución de la Ciudad.

[8] Acerca de qué características debe tener una vivienda para cumplir con el art. 11 (1) del PIDESC se puede consultar la Observación General 4 del Comité.

Quedó enunciado que todas las medidas contempladas en la cláusula bajo estudio ostentan carácter legislativo (puntos 4, 5.1 y 5.7 de este voto). El legislador, expositor de la voluntad general, es a quien le corresponde reglamentar los derechos acordados por la Constitución y, sin alterar su espíritu, es él quien debe elegir la política así como los mecanismos para dar satisfacción, en este caso, a las necesidades de vivienda y hábitat adecuado. Asignar a los legisladores esa atribución responde a su origen representativo, en virtud del cual también son ellos quienes aprueban el presupuesto, conocen las diversas necesidades a satisfacer por el Estado y resuelven el manejo de las prioridades en juego. El plan de gobierno surge de la labor parlamentaria en la que conviven, cada uno con competencias propias, tanto la rama legislativa como la ejecutiva.

Además, a ésta última le corresponde, por regla, ejecutar, dentro del margen que la ley le acuerde, las políticas públicas decididas por el legislador.

La nota común para estas ramas está dada, en la medida de sus competencias, por la responsabilidad en la elección y diseño de las políticas de gobierno destinadas, para lo que aquí importa, a lograr resolver "...progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos" (art. 31 de la CCBA). Al tener atribuida esa función en el diseño de distribución del poder previsto en la CCBA, también cuentan con las herramientas adecuadas para poder ejercer el mandato conferido. La visión macro del asunto, el modo de abordarlo, la determinación de los recursos disponibles, su aplicación eficiente, corresponden privativamente al ámbito legislativo y, en ese terreno, al Ejecutivo como co-legislador.

En cambio, en ejercicio de sus propias competencias ni el Poder Ejecutivo (v. gr. art. 104, inc. 17, de la CCBA) ni el Poder Judicial (art. 106, CCBA) pueden asumir las elecciones privativas del legislador. Solamente en el ámbito legislativo puede establecerse el modo de afectar y distribuir recursos. Esa elección, en materia de vivienda debe observar las prioridades contempladas en el art. 31 de la CCBA así como aquellas otras que determine el legislador y resulten compatibles.

A su turno, es evidente que no corresponde al Poder Judicial seleccionar políticas públicas ni expedirse en torno a su idoneidad o conveniencia. Mucho más evidente surge la falta de medios para asumir tal tarea. Esos medios faltan precisamente porque no atañe al Poder Judicial asumir la misión de elaborar un plan de gobierno. La ausencia de representatividad de los órganos permanentes del Poder Judicial no es el único ni el principal motivo por el cual los jueces no están llamados a cumplir la misión enunciada. En realidad, si los temas propuestos pudieran ser resueltos por los jueces, los efectos de la cosa juzgada implicarían que las políticas de Estado dispuestas, en esta hipótesis por los jueces, adquirirían la estabilidad propia de ese instituto. Ello, claro, resulta incompatible con la mutabilidad que debe tener en nuestro sistema la selección de las políticas públicas, por ello depositada en el legislador. Dispuesta la afectación de recursos por los jueces, el compromiso quedaría petrificado en el tiempo, al margen de la realidad

presupuestaria y de la elección que en ese terreno el sistema democrático atribuye al órgano representativo.

Sin embargo, lo dicho no importa negar al Poder Judicial toda intervención posible en la materia que nos ocupa. Para evitar que las decisiones de los jueces alteren el principio de división de poderes, sus sentencias deben aplicar en el caso concreto los estándares susceptibles de ser descubiertos en las normas. En ese orden de ideas remitimos a Baker v. Carr (369 U.S. 186, 217), cuya doctrina fue recogida por la CSJN en autos "Zaratiegui, Horacio" registrados en *Fallos*, 311:2580. Si en lugar de descubiertos y aplicados, esos estándares fueran fijados por los jueces, estos magistrados vendrían a violar la división de poderes y, en última instancia, el principio de la soberanía del pueblo del art. 33 de la C.N., al que remite el art. 10 de la CCBA. Ello así, porque en el marco de dicho principio compete al pueblo —sujeto portador de la voluntad general rusoniana— adoptar las reglas generales que ciñen las soluciones particulares. En nuestro sistema, el juez, tiene el deber de ser fiel al programa legislativo y el orden jurídico presente no tolera, por razones de política muy claras, que el juez se emancipe de las soluciones de la ley y se lance con su programa legislativo propio [conf. TSJBA *in re* "Barila, Santiago c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. nº 6542/09, "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Barila, Santiago c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA), expte. nº 6603/09'", sentencia de este Tribunal del 4/11/2009].

8. Precisamente, la cláusula examinada (art. 31 de la CCBA) suministra criterios que las medidas de los poderes políticos deben cumplir, y lo hace en términos que posibilitan el control judicial.

En lo esencial, ello ocurre con reglas de distribución de los recursos afectados a la satisfacción del derecho del art. 31 de la CCBA que indican prioridades claras, tales como la del inc. 1°, que, prioriza a las personas que padecen una pobreza crítica, y a las personas con necesidades especiales y recursos escasos.

También está en juego, como principio más general que preside la consideración de estas medidas, la garantía de igualdad. La aplicación de estas reglas de prioridad y la mencionada garantía de igualdad, todas de fuente constitucional, constituye la valla al clientelismo, en el que todos los poderes del Estado podemos incurrir cuando no observamos estas reglas. Dicho de otro modo, identificar y aplicar los criterios de distribución previstos en el derecho positivo permite al juez dirimir una controversia al tiempo que garantiza que lo hace según los parámetros y con la afectación de recursos prevista por la autoridad competente.

El examen de las medidas que el GCBA emite en cumplimiento del art. 31 de la CCBA puede ser pedido por quienes se encuentran dentro de los grupos postergados. Al remover cualquier eventual obstáculo puesto por una medida del GCBA al aprovechamiento de los beneficios que instituya conforme las prioridades a que nos venimos refiriendo, el juez no viene a disponer discrecionalmente de recursos cuya afectación incumbe exclusivamente al Poder Legislativo, sencillamente repone

las prioridades según lo manda la CCBA. En ello, cada poder encuentra su límite dentro del juego constitucional.

9. Con carácter previo a ingresar al análisis del caso bajo las reglas enunciadas, corresponde señalar que el abordaje que el Poder Legislativo ha dado al problema habitacional dista del programa que la CCBA le ha encomendado. Basta considerar que la norma que suscita esta demanda, el dec. 690/06, modificado con posterioridad, por el dec. 960/08 (norma esta última que entró en vigencia mientras la presente causa estaba en trámite ante la Cámara), cualesquiera fueren sus defectos, fue emitida, al igual que el dec. 960/08, por el Poder Ejecutivo en ejercicio de las facultades que le acuerdan los arts. 102 y 104, inc. 17 de la CCBA. Con lo dicho, no pretendemos ignorar que el inc. 17, del art. 104 de la CCBA establece que el Jefe de Gobierno tiene la facultad de conceder "...subsidios dentro de las previsiones presupuestaria para el ejercicio". No se discute que el otorgamiento de subsidios debe ser instrumentado por medio de actos administrativos dirigido a los destinatarios del beneficio. Ahora bien, ello no significa que esa competencia no deba ser ejercida en el marco de reglas preestablecidas de distribución de los recursos afectados, en el caso, a la satisfacción del derecho del art. 31 de la CCBA; competencia, esta sí, típicamente legislativa. En efecto, es al Poder Legislativo a quien le compete, a la luz de la distribución de competencias que realiza la CCBA, establecer las pautas en base a las cuales los otros dos poderes, el Ejecutivo y el Judicial, deben hacer uso de las facultades que la CCBA les acuerda.

La ausencia de esas reglas puede dar lugar al clientelismo mencionado más arriba, como así también, a que un poder que no tiene a su cargo votar el presupuesto venga a determinar en qué forma deben gastarse los recursos en él estimados.

10. Desde la perspectiva que brindan las consideraciones anteriores corresponde analizar la postura del GCBA, según la cual, con el dictado de los decs. 690/06 y 960/08, a diferencia de lo que entendió el *a quo*, vino a dar una respuesta en el marco del art. 31 de la CCBA y no puede ser condenado en relación con la situación del actor, quien ya ha recibido y agotado el régimen de subsidios vigente.

11. Los decs. 690/06 y 960/08 establecen que el programa por ellos instrumentado, esto es, el Programa "Atención para Familias en Situación de Calle", asiste, en lo que al caso importa, a las familias[9] o personas que se encuentren:

i) "en situación de calle efectiva y comprobable, entendiéndose por tal, a aquéllas que se encuentre en forma transitoria sin vivienda o refugio por causa de desalojo u otras causas" (art. 2º del dec. 960/08).[10]

[9] Supuesto en el que la titularidad del subsidio recae "en los jefes o jefas de familia, salvo que se trate de familias biparentales, en cuyo caso recaerá preferentemente en la mujer", conf. art. 9º del dec. 690/06 (no modificado por el dec. 960/08).

[10] Por su parte, el inc. a) del art. 11 del anexo de la resol. 1554/GCABA/MDSGC/08 establece que "la efectiva 'situación de calle' puede ser acreditada mediante certificación extendida

Y que además reúnan las siguientes condiciones:

ii) "ser residente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con una antigüedad mínima de dos (2) años";[11]

iii) "poseer ingresos menores a la línea de pobreza fijada por el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC), u organismo local competente que se establezca";

iv) "presentar la documentación exigida por las normas reglamentarias del presente decreto [es decir, del dec. 960/08], a fin de acreditar los requisitos necesarios para acceder al Programa"; y, por último,

v) "estar inscriptos en el Registro Único de Beneficiarios" (conf. art. 5º del dec. 960/08).

Por su parte, el art. 6º del dec. 690/06 (no modificado) dispone que "[e]l otorgamiento del subsidio creado por el presente decreto estará sujeto a la disponibilidad de recursos del ejercicio presupuestario que corresponda".

Finalmente, el art. 3º del dec. 960/08 (modificatorio del art. 5º del dec. 690/06), citado por el *a quo*, establece que:

"El subsidio creado consiste en la entrega, de un monto de hasta pesos cuatro mil doscientos ($ 4.200), el que puede ser otorgado en seis (6) cuotas iguales y consecutivas de hasta pesos setecientos ($ 700) cada una, pudiendo la autoridad de aplicación ampliar el presente subsidio inclusive en una suma adicional de pesos dos mil ochocientos ($ 2.800), pagadera en hasta cuatro (4) cuotas iguales y consecutivas de pesos setecientos ($ 700) cada una, en los casos particulares que, a criterio de aquélla, ameriten la mencionada extensión, en orden a la persistencia de la situación que en su momento motivara la entrega del beneficio. Sin perjuicio de ello, de acuerdo a la composición de cada familia, se establecerán los montos máximos mensuales

---

por:// *1)* Instituciones religiosas, organizaciones no gubernamentales y gubernamentales, que presenten conocimiento del caso y hubiere intervenido en la asistencia del mismo.// *2)* El Programa Buenos Aires Presente.// *3)* El área de Evaluación y Seguimiento.// Los informes sociales deberán ser firmados y sellados por trabajadores/as sociales".

[11] Requisito que debe ajustarse y ser probado en la forma que establece el inc. b) del art. 11 del mencionado Anexo que establece que "la residencia mínima de dos (2) años en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, deberá ser ininterrumpida e inmediata a la obtención del beneficio. La acreditación de la residencia se obtendrá mediante la presentación de alguno de los siguientes instrumentos, sin perjuicio de lo que puedan disponer las autoridades competentes:// *1)* D.N.I., en las condiciones indicadas en el art. 9º precedente;// *2)* Facturas de servicios a nombre del interesado vigentes al momento de la solicitud.// *3)* Certificado de escolaridad de los hijos.// *4)* En caso de extranjeros que aún no tengan su D.N.I o no hayan tramitado su residencia definitiva, deberán acreditar su residencia precaria, mediante la credencial pertinente.// La familias o personas solas que hayan obtenido la cuota de emergencia, cumplan con los demás requisitos exigidos, y acrediten una residencia en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de un (1) año o mayor, serán evaluadas por el Equipo de Seguimiento y Evaluación del Programa Atención para Familias en Situación de Calle, a fin de determinar su inclusión definitiva al Programa. No obstante ello, tendrán preferencia de ingreso las que en similares condiciones acrediten una residencia de dos (2) o más años en la Ciudad".

a otorgar vía reglamentaria. Cuando el grupo familiar exceda la cantidad de cuatro (4) miembros integrantes, se otorgará un plus de pesos cincuenta ($ 50) mensuales por cada uno de ellos, hasta llegar al monto máximo de pesos setecientos ($ 700) mensuales. En el caso de aquellos grupos familiares, cuyo seno esté conformado por alguna persona con necesidades especiales, la autoridad de aplicación podrá fijar el monto máximo a percibir mensualmente, el que no podrá exceder el límite mensual fijado por el presente. La autoridad de aplicación podrá asignar asimismo prioridades en el otorgamiento del beneficio, y eventualmente extender los plazos previstos para el subsidio, de modo de atender reclamos según las particulares situaciones que puedan acaecer, teniendo presente el cumplimiento de las metas presupuestarias proyectadas anualmente.

A su vez, las normas a las que nos venimos refiriendo establecen que determinar cuál de todos esos montos corresponde que sea entregado en cada caso es una facultad que detenta la autoridad de aplicación: la Dirección General de Atención Inmediata que funciona bajo la órbita de la Subsecretaría de Fortalecimiento Familiar y Comunitario del Ministerio de Desarrollo Social, conforme las pautas previstas en el art. 7º del dec. 690/06, no modificado por el 960/08, y las concordantes dispuestas en la citada resol. 1554/08.

12. Varias son las cuestiones que surgen del régimen descripto en el punto que antecede.

Primeramente, las condiciones reseñadas *supra* para el otorgamiento de los subsidios que aquí nos ocupan podrían ser cuestionadas a la luz de lo que manda la CCBA (conf. los puntos 6/8 y 13 *in fine* de este voto). En efecto, ellas no tienen origen en el Poder Legislativo y, si bien a partir de la resol. 1554/MDSGC/08 (*BOCABA,* nº 3071 del 4/12/2008) se enuncia una "escala de prioridades" (art. 6º) para la asignación del subsidio, las pautas allí brindadas para ordenar grupos de personas precisadas del apoyo del Estado, según que pesen sobre ellas las necesidades contempladas en la CCBA, pueden quedar sometidas al control judicial para establecer su compatibilidad con el art. 31 de la CCBA y las exigencias del PIDESC que impiden subsidiar al grupo menos necesitado sin subsidiar al que lo está más conforme los parámetros adoptados por el bloque normativo aplicable (C.N., PIDESC y CCBA). A ese respecto, no puede perderse de vista que los parámetros generales contemplados por las cláusulas constitucionales o las previsiones de los tratados de igual rango, deben ser adoptados, conforme ya fue dicho, mediante leyes, para que luego la reglamentación que debe ajustarse a ella opere dentro de ese ámbito, que no les es dado ampliar ni restringir.

Por otra parte, la regulación de los subsidios analizada no contempla previsiones claras que resguarden la igualdad entre iguales en el reparto de fondos que nada indica sean suficientes sino que dan una considerable discrecionalidad a la autoridad administrativa encargada de aplicarlas para elegir a quiénes y cuánto dar, discrecionalidad que vino a aumentar con la ya referida resol. 1554/08; y que tampoco permite presumir que el régimen garantice el subsidio a los más necesitados frente a los que lo están en menor medida, situación que, reiteramos, se traduce en

la ilegitimidad de subsidiar al grupo menos necesitado sin subsidiar al que lo está más conforme los parámetros constitucionales en juego.

En esas condiciones, el régimen de subsidios debe ser analizado por los jueces bajo el prisma del art. 31 de la CCBA, con el objeto de constatar que, por un lado, la aplicación de los recursos presupuestarios, por naturaleza limitados, estén dirigidos, en primera medida, a atender a las familias o personas que padezcan necesidades de las contempladas en la CCBA y, por el otro, que las medidas de distribución adoptadas resguarden la garantía de igualdad a la que me he referido [conf. TSJBA en 'B., M. y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4757/06, sentencia de este Tribunal del 25/4/2007].

Por su parte, los montos establecidos en las citadas normas muestran que los subsidios habitacionales por ellas instrumentados han sido concebidos como parciales y temporarios en cuanto al acceso a la vivienda; circunstancias que no ponen automáticamente a la norma en oposición a la CCBA o al PIDESC.

En suma, no resulta inconstitucional el otorgamiento de subsidios temporarios para hacer frente a la manda del art. 31 de la CCBA. Tampoco que su monto no sea suficiente, por sí sólo, para solventar el costo de una vivienda digna (véanse puntos 5 y 6 de este voto). Empero, sí lo es que la distribución de esos subsidios, por naturaleza limitados, no respete las prioridades establecidas en el art. 31 de la CCBA; situación que, hoy en día, puede ser presumida por los jueces cuando el beneficio le es denegado a una persona que se halla dentro del universo de personas con prioridad (conf. art. 31 de la CCBA). Ello así, toda vez que, la normativa que los regula no permite asumir automáticamente que la distribución de los recursos se realice de acuerdo a las prioridades aludidas.

Ahora bien, aun cuando los jueces llegasen a la conclusión, frente a un pedido de parte legitimada, de que corresponde que sea entregado o renovado el subsidio que se reclama, ello no implica que corresponda apartarse de los montos dispuestos en el dec. 960/08, toda vez que, conforme quedó expuesto, la CCBA no garantiza el derecho a percibir un importe que, por sí sólo, sea suficiente para pagar una vivienda digna.

Finalmente, el alcance que el bloque normativo analizado brinda al derecho a la vivienda incluye, conforme quedó señalado, la obligación de brindar a quienes se encuentran dentro del universo al que el GCBA debe asistir, al menos, la protección de uno techo o albergue básico, pero eso no equivale a solventarle una vivienda. Esta es la garantía mínima que nace del PIDESC, y siempre que no concurran aquellas otras circunstancias que, como dijimos, posibilitarían continuar recibiendo el importe del dec. 960/08.

13. A la luz de lo expuesto, y de los hechos tenidos en cuenta por las instancias de mérito para resolver (que el actor se encuentra en situación de calle) corresponde revocar la sentencia de Cámara en cuanto, apartándose del régimen previsto en el dec. 960/08, ordenó al GCBA entregar al Sr. Alba Quintana un subsidio habitacional que le permita abonar en forma íntegra un alojamiento en condiciones dignas de

habitabilidad, hasta tanto se acrediten nuevas circunstancias que permitan concluir que su estado de necesidad ha cesado.

De acuerdo con lo dicho en los párrafos que anteceden, a diferencia de lo que entendió la Cámara, no resulta inconstitucional un subsidio que otorga un monto que no sea suficiente, por sí sólo, para acceder a una vivienda. Así las cosas, la condena no pudo ser dictada sin un monto determinado y éste, a su vez, no puede ser otro que el establecido en el art. 3º del dec. 960/08. Tampoco es inconstitucional, *per se,* un subsidio cuando es otorgado por período acotado; cuestiones ambas que, a su vez, el *a quo* resolvió en forma dogmática.

En efecto, no se puede leer en la sentencia apelada consideraciones conducentes para establecer cuál es la correcta interpretación de las cláusulas constitucionales que tratan directamente el asunto y menos aún de su relación con disposiciones más generales como las que reparten poderes o regulan el uso de fondos públicos. Para resolver en la forma que lo hizo, la Cámara se limitó a transcribir el contenido de los arts. 17 y 31 de la CCBA y 2º, primer párrafo, y 11 del PIDESyC, para afirmar luego que el actor detentaba un derecho constitucional a su pretensión, esto es: un derecho a obtener por parte del GCBA un subsidio periódico que le permita acceder, por sí sólo, a una "vivienda digna".

Los jueces de mérito con su decisión no vinieron a revisar el criterio de distribución de los recursos presupuestarios asignados, en el caso, a subsidios para acceder a una vivienda, en base a parámetros constitucionales, cosa que habría sido el ejercicio de competencias que le son propias (conf. puntos 7 y 8 de este voto) sino que decidieron directamente cómo afectar esos recursos públicos, facultad esta última privativa del Poder Legislativo y, por ende, ajena al Poder Judicial.

Ello, a su vez, fue decidido sin siquiera contar con elementos que muestren qué impacto puede tener esa resolución en el presupuesto.

La interpretación que se formula en este voto no hace sino reasignar recursos ya dispuestos por medio de normas presupuestarias cuya revisión, como principio, no nos compete [en sentido análogo véase sentencia del TSJBA en la ya citada causa "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'B., M. y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4757/06"]. Ello es efectivamente así puesto que, resolver la prolongación de los subsidios a quienes, por un lado, mantienen la necesidad de recibirlo aunque han percibido la totalidad de las cuotas previstas en el régimen y, por otro, pertenecen a un grupo que merece una prioridad respecto de otros beneficiarios contemplados en el decreto, no implica crear ni el régimen ni obliga a asignar partidas no previstas a fin de subsidiar, sino que se limita a establecer que no se puede subsidiar al grupo menos necesitado sin subsidiar al que lo está más.

14. En cuanto al principio de no regresividad, el *a quo* sostuvo que "...la progresividad impone a los Estados la obligación de avanzar tras el objetivo de plena efectividad de los derechos receptados en el Pacto. Respecto al derecho a la vivienda, se ha regulado dentro del primer párrafo del art. 11, el derecho a 'una mejora continua de las condiciones de existencia'. En esa inteligencia, contrariaría

tal precepto toda medida que implique un deliberado retroceso en la materia" y agregó que "...el amparista fue incluido en el programa creado por el dec. 690/06. Siendo ello así y atento el mencionado principio de no regresividad, la aplicación de la nueva normativa sólo puede redundar en beneficio del actor..." (fs. 141 y 142).

A ese respecto, basta señalar que la propia sentencia destaca que el dec. 960/08 aumentó el importe del subsidio que nos ocupa (fs. 142 vta.). Ese dato prueba que el régimen analizado afectó mayores recursos y avanza en una de las políticas destinadas a resolver progresivamente el déficit habitacional. Nada de lo dicho por el *a quo* permite sostener que entre el dec. 690/06 y el 960/08 existe regresión.

La progresividad, aún en la tesitura del *a quo* que la considera un mecanismo autónomo de control desvinculado de otros aspectos como el presupuestario, se mide en relación con las normas aplicables, en el caso los mencionados decretos, y no en relación con beneficiarios individuales como pretende la sentencia impugnada. Lo contrario supondría admitir que, por ejemplo, una nueva política que duplica los beneficios disponibles podría quedar invalidada si el grupo de destinatarios sufre cualquier alteración.

El criterio de progresividad del *a quo* no constituye una interpretación posible del art. 2º (1) del PIDESC. Como ya dijimos, la comparación no puede ser hecha a nivel del beneficio individual ni desatendiendo la disponibilidad de recursos como surge de los puntos 9 y 10 de la OG3 ya citados en este voto.

15. A esta altura, antes de concretar el alcance de la solución anunciada en el punto 13, orientada a revocar la sentencia apelada, conviene sintetizar el núcleo argumental del voto. El bloque normativo que regula el derecho a la vivienda no brinda derecho inmediato e irrestricto a obtener una vivienda, los subsidios son medios paliativos que pueden ostentar carácter parcial y temporario sin que corresponda a los jueces asignarlos aunque a ellos toca asegurar que esa asignación respete las prioridades previstas en el art. 31 de la CCBA, pudiendo presumirse que la vigencia del beneficio debe mantenerse cuando el accionante cumple con la carga de probar su situación prioritaria en relación con otros posibles destinatarios del régimen. Finalmente, quienes no estén en esa hipótesis pero pertenezcan al universo de individuos que toca al GCBA asistir quedan alcanzados por la obligación de brindar "abrigo" como expresión mínima del derecho a la vivienda contemplado en el bloque normativo aplicable (CCBA, C.N. y PIDESC).

16. Desde esa perspectiva, corresponde recordar que al revocar una sentencia el TSJBA "...deberá resolver, cuando sea posible, sobre el fondo del asunto" (art. 31 de la ley 402). En autos, se controvierte la legitimidad de excluir del régimen de subsidios habitacionales a quienes, como el actor, se encuentran en situación de calle y habían accedido al beneficio a la luz de la normativa aplicable, entre la que se estimó, sin divergencias, incluido el dec. 960/08 que regula actualmente los subsidios en cuestión (C.N., CCBA y PIDESC).

Despejados ya los motivos por los que no resulta inconstitucional el carácter temporal del subsidio, ni la existencia de topes en los importes acordados por el

dec. 960/08, correspondería aplicar los lineamientos sintetizados en el punto 15 a la situación de autos. Conforme surge del relato de la Cámara, sin que exista controversia acerca de ello, el actor es un varón, de unos, aproximadamente, 42 años (tenía 41 en mayo de 2008); sin cargas de familia; que realiza trabajos en forma esporádica y que "...ha sido beneficiario del programa habitacional 'Atención para Familias en Situación de Calle' pero que, una vez finalizado el monto total del subsidio, su extensión le fue negada por el coordinador del programa" (véase fs. 140). Por su parte, en relación con el estado de salud del accionante la Sala II ha consignado en su sentencia que padecería una afección cardíaca (fs. 140). También surge de la contestación del actor al traslado que le corrió la Cámara con motivo del dictado del dec. 960/08, pieza procesal a la que remite la sentencia del *a quo*, que el Sr. Alba Quintana se ha radicado, según su relato, en la localidad de Ezeiza, Pcia. de Buenos Aires por lo menos desde septiembre de 2008 (fs. 113 vta.).

En tales condiciones, tanto establecer si están dadas las condiciones previstas en el dec. 960/08, como determinar si el Sr. Alba Quintana ha logrado demostrar estar comprendido en alguna de las prioridades previstas en la CCBA para mantener el beneficio del subsidio que se pretende en la medida que él es concedido a personas con menores necesidades, remiten a la valoración de cuestiones de hecho y prueba que exceden las competencias del Tribunal en la vía intentada. A su turno, la comprobada ausencia de los presupuestos indicados requeriría, conforme surge de este voto, expedirse en torno a la obligación de brindar al accionante un "abrigo", como expresión mínima del derecho a la vivienda, asunto que requeriría analizar la pretensión esgrimida así como aspectos de hecho y prueba, cuestiones, nuevamente, privativas de los jueces de mérito.

Frente a todo ello, corresponde revocar la sentencia impugnada en cuanto ordenó "...la provisión de un subsidio que le permita al actor abonar en forma íntegra un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad, hasta tanto se acrediten nuevas circunstancias que permitan concluir que su estado de necesidad ha cesado" y devolver las actuaciones para que, por aplicación del derecho analizado en este voto a las circunstancias de la causa, se dicte un nuevo pronunciamiento que se expida con el alcance indicado en este punto.

17. La solución que se propicia no impide que los jueces de la causa continúen a cargo de ella, toda vez que, dada la forma en que resolvieron, no han vertido opinión acerca de los puntos que el pronunciamiento que se propicia dejaría abiertos. Ello, sin decidir acerca de los reparos que eventualmente podrían formular las partes al tiempo en que queden en conocimiento de los jueces que habrán de conocer.

Por lo expuesto, y habiendo dictaminado el fiscal general adjunto, voto por: *i)* hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad de fs. 147/158; *ii)* revocar la sentencia de fs. 140/143; y, *iii)* reenviar la causa a la Cámara para que los mismos jueces que entendieron en ella se expidan con el alcance señalado en el punto 16. Sin costas (conf. art. 14 de la CCBA).

El juez José O. Casás dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad articulado por el GCBA fue interpuesto en tiempo, se dirige contra una sentencia definitiva dictada por el tribunal superior de la causa y logra plantear un caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley 402.

2. En efecto, la Cámara de Apelaciones condenó al GCBA a "...la provisión de un subsidio que le permita al actor abonar en forma íntegra un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad, hasta tanto se acrediten nuevas circunstancias que permitan concluir que su estado de necesitad ha cesado...". A poco que se advierta, los términos en que dicha condena fue dispuesta, permiten inferir —sin más— la violación al derecho de defensa en juicio a que se refiere la demandada en su escrito recursivo.

3. En mi concepto, el fallo cuestionado no fija el monto que el GCBA estaría obligado a proveer al actor, ni parámetros claros para definirlo, toda vez que las pautas establecidas en el decisorio son de una extrema laxitud, en tanto no permiten determinar qué debe entenderse por "...la provisión de un subsidio que le permita al actor abonar en forma íntegra un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad...".

Esta indeterminación, indefectiblemente, coloca al GCBA en situación de indefensión, pues carece de pautas para dar cumplimiento a la condena impuesta en el fallo desde que ignora con qué monto concreto se considerará acatada la sentencia. Además, la imprecisión de la condena le impide agraviarse adecuadamente de lo decidido.

En relación a la exigencia de precisión en la condena para resolver casos que presentaban similitud con el presente, ya he tenido oportunidad de expedirme, por ejemplo, en las causas "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Panza, Ángel R. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4270/05, sentencia del 23 de mayo de 2006 y "Toloza, Estela Carmen c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 4568/06, sentencia del 9 de agosto de 2006 —en este último caso por remisión a los fundamentos concordantes expresados en los votos de mis colegas, Dres. Ana María Conde y Luis F. Lozano.

En síntesis, por la forma en que se ha decidido el caso queda abierto entre las partes un campo de posible debate acerca de cuáles alternativas cumplen con la condena dispuesta, sin que surjan del pronunciamiento atacado elementos suficientes para guiar al juez en la solución de esas posibles controversias, esto es, asumiendo, para sí y para el inferior, un margen de discreción incompatible con una decisión que debió ser la definitiva. Ello basta por sí para determinar la revocación de la decisión apelada.

4. Además, también es evidente que los jueces de la causa, para decidir en los términos señalados, se han apartado del régimen vigente previsto en el

dec. 960/08 sin brindar una fundamentación plausible para ello, tal como lo ponen de manifiesto en el punto 13 de su voto conjunto mis colegas, Dres. Ana María Conde y Luis F. Lozano, al expresar que: "(n)o se puede leer en la sentencia apelada consideraciones conducentes para establecer cuál es la correcta interpretación de las cláusulas constitucionales que tratan directamente el asunto y menos aún de su relación con disposiciones más generales como las que reparten poderes o regulan el uso de fondos públicos. Para resolver en la forma que lo hizo, la Cámara se limitó a transcribir el contenido de los art. 17 y 31 de la CCBA y 2º, primer párrafo, y 11 del PIDESyC, para afirmar luego que el actor detentaba un derecho constitucional a su pretensión, esto es: un derecho a obtener por parte del GCBA un subsidio periódico que le permita acceder, por sí sólo, a una 'vivienda digna'".

5. En torno al derecho a la vivienda y la tutela que se reclama en este caso concreto, a partir del plexo constitucional que se refiere a la cuestión, estimo necesario efectuar las siguientes puntualizaciones que transitan los razonamientos expuestos por los doctores Ana María Conde y Luis F. Lozano.

El art. 31 de la CCBA, al *reconocer el derecho a la vivienda*, pone a cargo de las autoridades públicas las siguientes obligaciones dentro del contexto que bosqueja:

a) atender con medidas y recursos diversos la carencia de vivienda digna de sus habitantes, al mismo tiempo que debe emplear los medios de los que dispone para brindarles un hábitat adecuado;

b) esa responsabilidad pesa primariamente sobre el Poder Legislativo;

c) no brinda derecho inmediato e irrestricto a obtener una vivienda del Estado;

d) sino que éste *debe cumplir progresivamente con las finalidades propuestas: viviendas dignas y hábitat adecuado*;

e) la inversión debe estar *dirigida* tanto *a vivienda como a infraestructura y servicios*;

f) los subsidios no son los únicos medios de cumplir con la manda constitucional y pueden ser tanto totales como parciales;

g) deben ser distribuidos según prioridades contempladas en la CABA y en los tratados internacionales, sin perjuicio de *otras* que el legislador escoja y siempre *que sean compatibles* con aquellas.

h) el Estado debe brindar al menos un techo a quien esté dentro del universo de individuos al que le toca asistir y no lo tenga.

Los subsidios para vivienda no constituyen la política nuclear a que hace referencia el art. 31 de la CCBA, por cuanto *se priorizan los criterios de radicación definitiva. Sin embargo,* los apuntados subsidios, *se traducen en un paliativo transitorio tendiente a mitigar la urgente necesidad habitacional de ciertos grupos* que se encuentran, objetivamente, en desventaja para procurarse por sí un lugar donde vivir.

En ese marco, *el derecho que generan a posibles beneficiarios es un derecho de carácter asistencial, de origen infraconstitucional*, *no exigible por cualquier*

habitante que carece de vivienda, sino sólo por quienes se encuentran dentro de los parámetros objetivos fijados por la reglamentación que resulten compatibles con el bloque normativo aplicable.

Dentro de este esquema, no debe olvidarse que *los potenciales beneficiarios que pretenden aprovechar el subsidio o programa especial de vivienda social, deben cumplir los requisitos y condiciones impuestos por las normas*. Ese cumplimiento debe ser acreditado fehacientemente para que exista un deber a cargo del GCBA cuyo cumplimiento sea exigible en sede judicial. Se trata de una carga procesal que quien pretende ser beneficiario del subsidio, tiene el deber de demostrarlo *dentro del marco normativo de acceso, sancionado por el Poder Legislativo* —quien, como se dijo, es el órgano natural para reglamentar este derecho— o por los reglamentos generales complementarios, o que en ausencia de sustento legal, emita el Departamento Ejecutivo.

Quedó sentado que *todas las medidas contempladas en la cláusula constitucional bajo estudio debieran tener rango legislativo*. *El legislador*, depositario y expositor de la voluntad general, *es a quien le corresponde reglamentar los derechos acordados por la Constitución* y, sin alterar su espíritu, es él quien *debe elegir la política* así como *los mecanismos para dar satisfacción*, en este caso, *a las necesidades de vivienda y hábitat adecuado*. Asignar a *los legisladores* esa atribución responde a su *origen representativo*, en virtud del cual también son ellos quienes, *votan los recursos, aprueban el presupuesto y autorizan los gastos*, conocen las *diversas necesidades a satisfacer por el Estado y* resuelven el manejo de *las prioridades en juego*. *El plan de gobierno surge de la labor parlamentaria* en la que conviven, cada uno con competencias propias, tanto la rama legislativa como la ejecutiva (elaboración de proyectos, iniciativa para su tratamiento, sanción, promulgación o veto).

Además, a ésta última rama gubernativa le corresponde, por regla, ejecutar, dentro del margen que la ley le acuerde, las políticas públicas decididas por el legislador.

La nota común para estos poderes está dada, en la medida de sus competencias, por la responsabilidad en la elección y diseño de las políticas de gobierno destinadas, para lo que aquí importa, a lograr *resolver* "...progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos" (art. 31 de la CCBA). Al tener atribuida esa función en el diseño de distribución de las competencias prevista en la CCBA, también cuentan con las herramientas adecuadas para poder ejercer el mandato conferido. La visión global de las necesidades públicas, el modo de abordarlas, la determinación de los recursos disponibles y su aplicación eficiente, corresponden privativamente al ámbito legislativo y, en ese terreno, al Ejecutivo como colegislador.

En cambio, en ejercicio de sus propias competencias ni el Poder Ejecutivo (v. gr. art. 104, inc. 17, de la CCBA) ni el Poder Judicial (art. 106, CCBA) pueden asumir la adopción de las definiciones políticas, privativas del legislador. Por regla,

solamente en el ámbito legislativo puede establecerse el modo de afectar y asignar recursos, ya que es de su resorte competencial instituirlos y autorizar su gasto. Esa elección, en materia de vivienda debe observar las prioridades contempladas en el art. 31 de la CCBA así como aquellas otras que determine el legislador y resulten conciliables con las directivas de rango superior.

6. Sin embargo, lo dicho no importa negar al Poder Judicial toda intervención en la materia que nos ocupa. Es que si bien en nuestro sistema los magistrados deben ser fieles al programa legislativo y al orden jurídico vigente, ante la ausencia de una regulación precisa por el legislador del derecho a la vivienda, dentro del marco de los decretos que ha venido sancionando el Poder Ejecutivo, pueden controlar si la asignación de los beneficios se ha realizado sin exclusiones, con total transparencia y sobre la base de las prioridades establecido por aquél.

En síntesis, en mi concepto, si bien los jueces no pueden soltar amarras de la ley sustituyendo el programa legislativo por uno propio, su ámbito de decisión, en los hechos, se ve ampliado en ausencia de una norma legal que establezca el alcance y contenido del derecho a la vivienda con radicación definitiva, el cual, aun a través de medidas paliativas y transitorias, como los subsidios, reviste carácter prestacional, generando obligaciones al Tesoro Público el que se nutre de recursos, por definición, escasos, lo que reclama la mayor prudencia al decretar nuevas erogaciones.

7. Tampoco puede pasar inadvertido que como solución coyuntural y para dar satisfacción al estándar mínimo de un techo —que reclama el plexo internacional de tratados sobre derechos humanos— y conjurar la situación de calle, en la Ciudad de Buenos Aires se han habilitado paradores nocturnos y hogares para personas con necesidades especiales. En los primeros, se comprende a hombres solos, mayores de edad y mujeres mayores de edad con o sin hijos menores que se encuentren en situación de calle, sin recursos, que requieren solución provisoria con carácter de emergencia, ofreciendo pernocte nocturno, cena, ducha, desayuno y asesoramiento profesional durante la estadía, flexibilizando las condiciones de admisión para la atención de una población vulnerable; en los segundos, se abarca a personas mayores con necesidades especiales y padre/madre, solas/os, con niñas/os con necesidades especiales, ofreciendo alojamiento en hogares de veinticuatro horas, realizando un trabajo de revinculación familiar y comunitaria de las personas beneficiarias mediante un equipo profesional capacitado en la temática. También, en el caso de hombres mayores hasta sesenta años y mujeres mayores de hasta sesenta años, solos o con hijos mayores de edad, se ofrece alojamiento, previa admisión, brindando techo y un ámbito de contención con albergue, comida, atención y tratamiento profesional, como un canal articulador orientado a la reinserción social de aquellos que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad socioeconómica.

8. En cuanto a los subsidios habitacionales, ahondando en las consideraciones vertidas en puntos anteriores, se hace necesario tener en cuenta que *la cláusula constitucional* examinada (*art. 31 de la CCBA*), *con un claro sentido reglamentario,*

suministra criterios que fijan el cauce dentro del cual deben actuar los poderes políticos al dictar las normas complementarias —tal como el contenido en el primer inciso que prioriza a las personas que padecen de una pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos—, directivas que al estar contenidas en el vértice del ordenamiento jurídico habilitan el pertinente ejercicio del control judicial, aún en las ayudas temporarias que obran como paliativos ante el déficit de vivienda que afecta a los sectores sociales más postergados. Ya el Tribunal ha sostenido que "la pauta en función de la cual se administra el beneficio requiere y admite control a la luz de las directivas que surgen del art. 31, CCBA cuando viene controvertida por parte legitimada" (conf. punto 4 del voto del juez Luis F. Lozano *in re*: "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'B.M. y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA'", expte. nº 4757/06, sentencia del 25/4/2007).

También está en juego, como principio más general que preside la consideración de estas medidas, la *garantía de igualdad*. La aplicación de *las reglas de prioridad y la* mencionada *garantía de igualdad*, *todas de fuente constitucional, constituye la valla a la discrecionalidad y al favoritismo*, en el que todos los poderes del Estado podemos incurrir cuando no observamos estas condicionantes. Dicho de otro modo, identificar y aplicar los criterios de distribución previstos en el derecho positivo permite al juez dirimir una controversia al tiempo que garantiza que lo hace según los parámetros y con la afectación de recursos prevista por la autoridad competente.

El examen de las medidas que el GCBA emite en cumplimiento del art. 31 de la CCBA puede ser pedido por quienes se encuentran dentro de los grupos postergados. Al remover cualquier eventual obstáculo puesto por una medida del GCBA al aprovechamiento de los beneficios o subsidios temporarios que instituya conforme las prioridades a que me vengo refiriendo, el juez no viene a disponer discrecionalmente de recursos cuya afectación incumbe exclusivamente al Poder Legislativo, sencillamente repone las prioridades según lo manda la CCBA. En ello, cada poder encuentra su límite dentro del juego constitucional.

En virtud de todo lo expuesto, coincido con el dispositivo que propician en su voto conjunto mis colegas los doctores Ana María Conde y Luis F. Lozano. Por ello, corresponde: *a)* hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad incoado por el GCBA; *b)* revocar la sentencia apelada, y *c)* ordenar que los mismos jueces que intervinieron en la causa dicten un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo que aquí se decide.

Costas por su orden, si las hubiera (art. 14, CCBA).

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad deducido por el GCBA y concedido por la Cámara contiene los siguientes agravios:

i) Inobservancia de las constancias de autos y afectación del principio de legalidad por inaplicación del dec. 960/08.

ii) Arbitrariedad en la interpretación y aplicación de las normas constitucionales implicadas: art. 14 bis de la C.N. (en cuanto prescribe que el Estado establecerá por ley el acceso a una vivienda digna), art. 17 de la CCBA (en la medida en que hace alusión a "políticas especiales" que debieran implementarse a fin de satisfacer los derechos constitucionales en juego), art. 31 de la CCBA (en tanto expresa que la Ciudad reconoce el derecho a una vivienda digna) y tratados internacionales referidos a la exigibilidad de los derechos sociales (art. 75 inc. 22 de la C.N.).

iii) Exceso en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales, asunto que remite a la división de poderes y al concepto de tutela judicial efectiva.

iv) Afectación de las previsiones presupuestarias y del derecho de propiedad.

v) Vulneración del debido proceso adjetivo y la defensa en juicio por transgresión de la prohibición de *reformatio in peius* y del principio de congruencia.

Los argumentos que expone el recurrente son similares a los que formulara en "Toloza, Estela Carmen c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 4568, resolución del 9/8/2006, entre otros.

En el precedente indicado señalé que los argumentos planteados y que son coincidentes con algunos de los que ahora propone no lograban conmover una sentencia inobjetable y constitucionalmente plausible.

Ante la insistencia del GCBA habré de introducir nuevas consideraciones que retoman y profundizan la línea expositiva que vengo sosteniendo desde el caso "Toloza".

2. Interdependencia de los derechos humanos.

Los derechos sociales son de igual jerarquía e igual estructura que los demás derechos humanos y todos tienen carácter interdependiente.

La afectación de cualquiera de ellos genera necesariamente la disminución, o incluso la pérdida, de los restantes.

En situaciones de extrema vulnerabilidad social como la que se evidencia en la causa, la afectación del derecho a la vivienda digna conduce a consolidar desigualdades y a profundizar la exclusión.

3. Contenido y alcance del derecho a la vivienda. Marco normativo constitucional y convencional.

a) La C.N. y diversos instrumentos de derechos humanos con jerarquía constitucional contemplan el derecho de acceso a la vivienda adecuada: arts. 14 bis de la C.N., 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 11 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 11 del PIDESC, 5 inc. e) iii) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y 27 de la Convención sobre Derechos del Niño.

En particular, cabe recordar que en virtud del art. 11 del PIDESC, los Estados reconocen "...el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y

su familia...” comprensivo de la “vivienda adecuada”, así como el derecho a una “mejora continua de las condiciones de existencia”.

b) Las normas convencionales indicadas tienen rango constitucional “...en las condiciones de su vigencia” (art. 75, inc. 22 de la C.N.).

Ello implica que las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos deban ser interpretadas a partir de las decisiones jurisprudenciales y de las opiniones y dictámenes de los órganos del sistema internacional e interamericano.

Así, lo estableció la CSJN en diversos precedentes, entre los que pueden citarse a título de ejemplo “Giroldi” (*Fallos*, 318:514), “Aquino” (2652.XXXVIII. Recurso de hecho. “Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes” ley 9688—, sentencia del 21/9/2004) y “Espósito” (E.224. XXXIX. “Espósito, Miguel Ángel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa”, sentencia del 23/12/2004).

En los autos “Giroldi”, la CSJN señaló que “...la ya recordada ‘jerarquía constitucional’ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, ‘en las condiciones de su vigencia’ (art. 75, inc. 22, 2° párrafo), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (conf. arts. 75 de la C.N., 62 y 64 de la CADH y art. 2°, ley 23.054).

En el precedente “Aquino”, dijo: “...cuadra poner de relieve la actividad del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por cuanto constituye el intérprete autorizado del PIDESC en el plano internacional y actúa, bueno es acentuarlo, en las condiciones de vigencia de éste, por recordar los términos del art. 75, inc. 22, de la C.N.”.

En el caso “Espósito”, sostuvo que resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino (art. 68.1, CADH) lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos “...por lo cual también esta Corte, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional”.

c) Resulta absolutamente necesario considerar la opinión que expusiera el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en torno al derecho a la vivienda (Observación General 4: “El derecho a una vivienda adecuada —párrafo 1 del art. 11 del Pacto—“).

“En opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a

vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. Y así debe ser por lo menos por dos razones. En primer lugar, el derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales que sirven de premisas al Pacto. Así pues, 'la dignidad inherente a la persona humana', de la que se dice que se derivan los derechos del Pacto, exige que el término 'vivienda' se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, y principalmente que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos. En segundo lugar, la referencia que figura en el párrafo 1 del art. 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada...".

"...Así pues, el concepto de adecuación es particularmente significativo en relación con el derecho a la vivienda, puesto que sirve para subrayar una serie de factores que hay que tener en cuenta al determinar si determinadas formas de vivienda se puede considerar que constituyen una 'vivienda adecuada' a los efectos del Pacto. Aun cuando la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, el Comité considera que, aun así, es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos en cualquier contexto determinado. Entre esos aspectos figuran los siguientes":

"Seguridad jurídica de la tenencia. (...) Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados".

"Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura. Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia".

"Gastos soportables. Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sea, en general, conmensurado con los niveles de ingreso. Los Estados partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda (...)".

"Habitabilidad. Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de

vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la OMS, que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas".

"Asequibilidad. La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de esos grupos (...) Los Estados deben asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho".

"Lugar. La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. (...) De manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes".

"Adecuación cultural. La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y por que se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos".

Asimismo, el Comité opinó que "...el derecho a no ser sujeto a interferencia arbitraria o ilegal en la vida privada, la familia, el hogar o la correspondencia, constituye una dimensión muy importante al definir el derecho a una vivienda adecuada".

El Comité también destacó que el derecho a la vivienda adecuada "...se aplica a todos" y que no debe estar sujeto a ninguna forma de discriminación.

d) La CCBA "...reconoce el derecho a la vivienda digna y a un hábitat adecuado" y "...resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y de servicios, dando prioridad [sin excluir otros supuestos] a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos" (art. 31 de la CCBA).

La norma aludida es directamente operativa.

La referencia expresa a la resolución progresiva de la problemática habitacional consolida el compromiso constitucional del Estado de generar, sin solución de continuidad, políticas públicas orientadas a la satisfacción plena del derecho a la vivienda adecuada.

El art. 17 de la CCBA, referido a las políticas públicas, corrobora la hermenéutica que sostengo. Su consistencia y claridad aconsejan la reproducción de sus términos: "La Ciudad desarrolla políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos. Asiste a las personas con necesidades básicas insatisfechas y promueve el acceso a los servicios públicos para las que tienen menores posibilidades".

Por lo demás, rigen en la Ciudad todos los derechos y garantías de la Constitución Nacional y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen (art. 10 de la CCBA).

4. Prohibición de regresividad.

El art. 2.1 del PIDESC dispone que "[c]ada uno de los Estados partes (...) se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que se disponga para *lograr progresivamente*, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, *la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos*" (el destacado me pertenece en este párrafo y en los que siguen).

El art. 11 de dicho Pacto establece que "[l]os Estados partes (...) reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para si y su familia, incluso (...) vivienda adecuad[a] y *a una mejora continua de las condiciones de existencia*".

Los arts. 26 del Pacto de San José de Costa Rica y 31 de la CCBA se inscriben en la misma línea.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales opinó (Observación General 3 "La índole de las obligaciones de los Estados partes") lo que sigue: "...aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De éstas, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados partes. Una de ellas (...) consiste en que los Estados se 'comprometen a garantizar' que los derechos pertinentes se ejercerán 'sin discriminación...'. La otra consiste en el *compromiso contraído en virtud del párr. 1º del art. 2º en el sentido de 'adoptar medidas', compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración* (...). Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. *Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto*".

"*La principal obligación* en lo que atañe a resultados que se refleja en el párr. 1º del art. 2º *es la de adoptar medidas 'para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]*'. La expresión 'progresiva efectividad' se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el art. 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, *el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo*. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, *la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga*".

La opinión del Comité deja en claro que la obligación mínima del Estado en la realización plena y progresiva de los derechos consagrados en el PIDESC consiste en observar la prohibición de regresividad.

La misma posibilita el goce y exigibilidad de los derecho sociales, cuanto menos en el nivel que se hubiera alcanzado en un momento determinado.

En el marco de un caso judicial, el test de regresividad debe contemplar, necesariamente, la situación particular del afectado.

5. La afectación al derecho del amparista.

Está probado que el actor obtuvo, mediante la actividad del Estado (ayuda asistencial), una mejoría temporal (pero precaria) de sus condiciones habitacionales.

El conflicto de autos, como lo corrobora la lectura de la demanda, nace cuando él deja de percibir el subsidio otorgado y retorna a situación de calle.

Según el GCBA, el amparista recibió la totalidad del subsidio previsto en el decreto aplicable, por lo que "...la ayuda habitacional reglada esta[ría] cumplida y el programa asistencial (...) agotado...".

Cabe aclarar que, en la actualidad, el actor percibe el subsidio establecido en la normativa vigente en virtud de una resolución judicial cautelar que le impuso al GCBA su asistencia provisoria hasta que la cuestión de fondo sea resuelta.

Lo dicho permite advertir, con toda claridad, la afectación del derecho a la vivienda digna ante la pérdida de la asistencia lograda (regresividad).

En efecto, existe un nítido retroceso en el nivel de goce del derecho, al punto que éste llega a suprimirse por completo.

En la causa "Toloza" sostuve que "[e]l Estado no puede adoptar por acción u omisión conductas regresivas en materia de derechos humanos. Si lo hace debe justificar (...) por qué sus recursos no le permiten seguir atendiendo las necesidades de quienes reclaman judicialmente por la afectación de un derecho constitucional básico, como es el de la vivienda digna".

En autos, el GCBA no demostró la imposibilidad de continuar asistiendo al actor, más allá de ciertas referencias de índole presupuestaria que, por su generalidad y laxitud, no pueden ser consideradas, tal como se referirá en el apartado 7 de este pronunciamiento.

Como dije en el precedente "Toloza": "El recurrente entiende el derecho a la vivienda digna de modo tal que éste no implica que 'los individuos tienen derecho *sine die* a disfrutar de subsidios otorgados con carácter excepcional' (...). La expresión 'disfrutar' es poco afortunada ante personas carenciadas, que cabe imaginar preferirían ser autosuficientes y no requerir la ayuda del Estado. Tampoco se trata, como continúa la Procuración, de que el subsidio 'tenga carácter excepcional'. En un caso como el de autos y en la medida en que el Estado no pueda proporcionar soluciones permanentes, el subsidio debe ser regla. Y ello porque la pobreza crítica es la situación de excepción que el constituyente ha optado por resolver progresivamente (conf. art. 31.1, CCBA). Cuando esa pobreza se instala en la sociedad, es razonable que las autoridades recurran a diversos sistemas de atención, siempre que su aplicación sucesiva no implique la disminución y/ o la privación de las prestaciones ya reconocidas. Entonces si la vigencia del decreto ha cesado, es ajustado al bloque constitucional imponer al Estado el deber de preservar lo ya otorgado".

6. Tutela efectiva y función jurisdiccional.

a) Los criterios hermenéuticos establecidos internacionalmente se orientan hacia la extensión y ampliación constante de los derechos sociales. En su efectivización está comprometido, de manera relevante, el Poder Judicial.

El sistema internacional de derechos humanos fue creado en protección de las personas, lo que presupone que los derechos que se reconocen son exigibles jurisdiccionalmente y no dependen de la discrecionalidad de la administración o el legislador.

El art. 2.1 del PIDESC establece que "...los Estados partes (...) se comprometen a adoptar medidas (...) para lograr progresivamente *por todos los medios apropiados* (...) la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos".

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales interpretó la disposición transcripta (Observación General 3 "La índole de las obligaciones de los Estados Partes") en el sentido de que "*...la adopción de medidas legislativas, como se prevé concretamente en el Pacto, no agota por sí misma las obligaciones*

de los Estados partes. Al contrario, se debe dar a la frase "por todos los medios apropiados" su significado pleno y natural. (...) Entre las medidas que cabría considerar apropiadas, además de las legislativas, *está la de ofrecer recursos judiciales* en lo que respecta a derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables. El Comité observa, por ejemplo, que el disfrute de los derechos reconocidos, sin discriminación, se fomentará a menudo de manera apropiada, en parte mediante la provisión de recursos judiciales y otros recursos efectivos".

Así lo sostuve en el precedente "Toloza": "[c]uando el art. 2.1 del PIDESC, establece que los Estados partes deben adoptar medidas especialmente económicas y técnicas para lograr el desarrollo progresivo de los derechos sociales, se refiere a las medidas legislativas como una de las formas privilegiadas para lograr ese objetivo, pero ello no descarta, ni la existencia de otras ni la exigibilidad inmediata de los derechos sociales aún sin medidas legislativas en vigor. De otra forma no podría comprenderse que todas las personas tengan derecho a un recurso sencillo y rápido —como por ejemplo este amparo— o a cualquier otro medio efectivo para que jurisdiccionalmente se las proteja contra actos que violan sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, como lo son el derecho a la vivienda digna, la protección integral a la familia y el interés superior del niño (conf. art. 25, CADH), que se discuten en este expediente".

En definitiva, los jueces están facultados a desplegar una actividad correctiva de cualquier omisión del Estado que vulnere derechos fundamentales. Es más, están obligados constitucional y convencionalmente a hacerlo.

b) El actor requirió por la vía del amparo (art. 14 de la CCBA) la satisfacción urgente e impostergable del derecho a la vivienda digna. La índole social del reclamo efectuado no implica que su pretensión sea ajena al ámbito jurídico.

Por el contrario, la posición asumida por el GCBA (para quien el plan asistencial estaría cumplido) justifica plenamente la intervención judicial (Observación General 9 del Comité de Derechos Económicos y Culturales: "La aplicación interna del Pacto").

c) En la causa "Toloza" dije que "[e]l derecho a una vivienda integra el plexo de los llamados 'derechos sociales' que sólo pueden ser entendidos en un horizonte de sentido orientado hacia la igualdad, lo que está muy lejos de significar que los 'derechos sociales' sean promesas o programas, que no puedan ser exigidos al Estado por individuos o grupos. Muy por el contrario, se trata de un mandato del poder constituyente al poder constituido para que haga y cumpla".

"El Gobierno parece no entender esta cuestión y profundiza el desconocimiento de principios constitucionales cuando añade que nunca estuvo en mira de ningún constituyente establecer que las personas individualmente consideradas tengan derecho a una exigencia individual' (...). A partir de un razonamiento como ese, no existiría posibilidad alguna de ampliar el campo de la igualdad en esta materia, salvo por una decisión discrecional de las autoridades competentes".

"Esta posición conduce al absurdo consistente en que nunca nadie —sea una persona o un grupo de personas— podría reclamar judicialmente por la lesión que padece. La postura de la Procuración no resiste ningún test de constitucionalidad, toda vez que es obvio que siempre un derecho se satisface concretamente sólo respecto de individuos o grupos. Dicho de otro modo, la Procuración pretende desconocer que los derechos sociales son exigibles en el marco de un proceso y en la órbita jurisdiccional".

7. Disponibilidad de recursos.

a) El art. 2º del PIDESC refleja el compromiso de los Estados de "...adoptar medidas (...) *hasta el máximo de los recursos de que disponga...*",

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Observación General 3: "Índole de las obligaciones de los Estados partes") consideró que "...[p]ara que cada Estado parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, *debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas...*".

En la causa "Toloza" señalé que "el uso de los recursos por parte del Estado ha pasado a ser un espacio sujeto al control jurisdiccional. Y tanto es así que el Estado debe justificar (...) que ha utilizado el máximo sus recursos para solucionar el problema sometido a decisión de un juez (conf. art. 2.1. PIDESC)".

b) El GCBA no ha demostrado que hubiera destinado el "máximo de los recursos" de que dispone. Y, una remisión genérica e infundada a la cláusula de disponibilidad de recursos no satisface el requisito indicado ya que carece de seriedad y no está sustentada en pruebas.

El GCBA debió probar que no sub-ejecutó las partidas correspondientes a los programas de vivienda, o bien que esas partidas ya habían sido asignadas a otros beneficiarios, o bien acreditar que priorizó la atención de políticas públicas destinadas a la protección de los derechos y dar razones suficientes para habilitar un juicio de ponderación entre las distintas políticas públicas involucradas.

c) Los argumentos del demandado que giran en torno a la "excepcionalidad" ya fueron objeto de tratamiento en mi voto en el citado precedente "Toloza": "Para el recurrente serían excepcionales los casos en los que el Poder Judicial podría suplir la inactividad de los otros poderes públicos en la implementación de derechos económicos, sociales y culturales, pues estos dependen de la planificación, la previsión presupuestaria y su puesta en marcha. Agrega la Procuración que 'los jueces deben interpretar la ley siendo neutrales al gasto público' (...) y que 'bajo la concepción individualista de los derechos sociales que sostiene la Cámara este importantísimo y fundamental mandato constitucional no se cumple: el juez reemplaza a la Legislatura en la creación de dinero público y, obviamente, en la necesidad de establecer tributos. Sin embargo, no es función del juez impactar en

el nivel de tributación. El juez no está para crear impuestos indirectamente, el juez está para interpretar la ley' (...)".

"A través de expresiones como las mencionadas en el párrafo anterior, el GCBA trae en su apoyo a la doctrina de la no justiciabilidad del Estado. Más allá de subrayar el anacronismo de esta concepción, es oportuno formular algunas observaciones".

"Los jueces son un poder del Estado y dentro de sus competencias pueden interpretar, no sólo las leyes sino primordialmente la Constitución que es el lugar por antonomasia de la regulación de la actividad y de la función política. Decisiones jurisdiccionales en materia de derechos electorales, de servicios públicos, medio ambiente, igualdad, etc. evidentemente tienen impacto político. Basta recordar los casos "Brown v. Board of Education"[12] o "Sejean"[13] o simplemente, remitirnos a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos".

"El escrutinio judicial del gasto público es viable y no invade la competencia de otros poderes, cuando en un proceso en el que se impugna la lesión de derechos, la consideración de ese gasto resulta dirimente. Es decir, el gasto público no es una cuestión no justiciable en tanto está incluido en el marco constitucional (conf. art. 106, CCBA)".

"En síntesis, los recursos públicos pueden quedar comprometidos por decisiones judiciales cuando se declara la responsabilidad de un Estado de derecho. Esta posibilidad está expresamente reconocida en la legislación local (CCAyT, Título XII, Capítulo II) y en toda la jurisprudencia de la CSJN sobre el particular, a partir de *Fallos,* 169:111".

8. Reformatio in peius.

El GCBA sostiene que el pronunciamiento recurrido vulnera el debido proceso y la defensa en juicio ya que transgrede la prohibición de *reformatio in peius*.

Señala el recurrente, único apelante de la sentencia de primera instancia, que la Cámara agravó en su perjuicio lo resuelto en aquella decisión.

Es necesario recordar, en este punto, que en primera instancia se ordenó al accionado garantizar el derecho a la vivienda del actor en el marco del programa habitacional vigente (o el que lo sustituyese en el futuro) mientras que la Cámara, en la decisión que ahora se objeta, le impuso al GCBA la provisión de "*...un subsidio que le permita al actor abonar en forma íntegra un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad,* hasta tanto se acrediten nuevas circunstancias que permitan concluir que su estado de necesidad ha cesado" (resolutorio de la sentencia recurrida).

Entre las razones que fundaron el decisorio en crisis, se destaca la circunstancia de que "...frente a la acreditada situación de vulnerabilidad en la que se encuentra

[12] 347 U.S. 483 (1954).
[13] *Fallos,* 308:2268 (1986).

el actor y a que el monto establecido en la (...) normativa [aplicable] podría resultar insuficiente para garantizar el derecho afectado, (...) fundamentalmente a partir del concepto de no regresividad, (...) la demandada deberá proveer un subsidio que asegure a la parte actora un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad".

En el caso, la Cámara no incurrió en la afectación constitucional que indica el accionado pues no varió el derecho reconocido en la sentencia de la anterior instancia sino la forma de hacerlo efectivo a fin de garantizar plenamente las prescripciones constitucionales que rigen la materia de autos.

En efecto, la Sala II priorizó adecuadamente las normas constitucionales y convencionales que imponen un deber específico al Estado frente a una disposición infraconstitucional (art. 10 de la CCBA). Cabe recordar que las normas locales no pueden ser invocadas como justificación del incumplimiento de los tratados (art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y la Observación General 9: "La aplicación interna del Pacto" del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales).

Los jueces de la Sala II dieron cumplimiento al mandato constitucional que impone, también a la jurisdicción, la adopción de medidas tendientes a lograr el desarrollo progresivo de los derechos sociales (art. 2.1 del PIDESC).

Por otra parte, en situaciones como la de autos, el demandado que es (al mismo tiempo) garante de los derechos lesionados no puede alegar, como lo hace, que la Cámara incurrió en *reformatio in peius* para eludir el cumplimiento de las obligaciones asistenciales que se encuentran a su cargo.

9. Con apoyo en los fundamentos que anteceden, voto por: *a)* rechazar el recurso de inconstitucionalidad que interpusiera el GCBA y *b)* imponer las costas al GCBA.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad de fs. 147/158, revocar la sentencia de fs. 140/143 y reenviar la causa a la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario para que los mismos jueces que entendieron en ella se expidan con el alcance señalado en el punto 16 del voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano. Sin costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva.

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

CVII

"VOLKSWAGEN ARGENTINA S.A. C/GCBA —DIRECCIÓN GENERAL DE RENTAS— (RESOL. 387-DGR-00) S/RECURSO DE APELACIÓN JUDICIAL C/DECISIONES DE DGR"

MEDIDA PARA MEJOR PROVEER: Prueba pericial. Perito contador.

Expte. SACAyT n° 6517/09 - 12/5/2010

VISTO Y CONSIDERANDO:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

Los jueces Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Carlos F. Balbín dijeron:

Para una mejor comprensión del asunto resulta pertinente requerirle explicaciones a la perito señora Contadora Pública Adriana Beatriz Monastirsky, en los términos del art. 29, inc. 2º del CCAyT.

A tal efecto, la perito deberá responder el siguiente cuestionario, basándose en el peritaje realizado, la información recabada y los papeles de trabajo elaborados:

Describa, con indicación de su fuente en los registros respectivos y transcripción de ellos, las cuentas de la contabilidad de la actora referidas en el peritaje y todas aquellas otras vinculadas a la operatoria que motiva la consulta e informe los hechos por los cuales éstas son debitadas o acreditadas y el significado de sus saldos.

Indique detalladamente el real flujo de fondos que opera entre las cuentas de los adquirentes, la administradora, la terminal o fabricante y el concesionario, con motivo de las operaciones concertadas en el marco de los planes de ahorro previo. La descripción solicitada deberá, en lo pertinente, distinguir el supuesto de flujos originados en operaciones relativas a la adquisición de un auto base del plan de aquellos casos en los que se lo reemplace por otro vehículo o se le agreguen accesorios.

Indique exhaustivamente y con la transcripción de los asientos contables pertinentes, cuáles fueron los movimientos de los fondos ingresados en la cuenta 11009109 0051 denominada Banco Citibank, en razón de los planes de ahorro, hasta el último registro contable. A ese respecto, indique cuáles son los movimientos que genera la compra de un vehículo distinto al auto base del plan.

El juez José O. Casás dijo:

Más allá de estimar que, en mi criterio y *a priori*, no resultan necesarios otros elementos para resolver los recursos articulados, no me opongo a la producción de la medida para mejor proveer que propician mis colegas.

Así lo voto.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Requerir*, como medida para mejor proveer, que la perito oficial designada en autos señora Contadora Pública Adriana Beatriz Monastirsky responda en el plazo de diez días el cuestionario indicado en los puntos precedentes.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique a las partes, a la perito y a los consultores técnicos.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás - Carlos F. Balbín.*

CVIII

"KUBRUSLI, RICARDO MANUEL S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'KUBRUSLI, RICARDO MANUEL C/GCBA S/EMPLEO PÚBLICO (NO CESANTÍA NI EXONERACIÓN)'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Cuestión constitucional. Interpretación de normas infraconstitucionales. EMPLEO PÚBLICO: Encasillamiento. Principio pro operario. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. Corresponde desestimar el recurso de queja si no se da cumplimiento a la carga de realizar una crítica concreta y detallada del auto denegatorio ni se rebate 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 Luis F. Lozano. En sentido concordante véanse votos del señor juez José O. Casás).*

2. No es admisible el recurso de queja si no se expone una cuestión constitucional y solo se enuncia una discrepancia con la sentencia de Cámara en cuanto a la valoración que ese tribunal de mérito hizo de los hechos, la prueba y las normas infraconstitucionales que consideró aplicables para fundar la decisión impugnada. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véanse votos del señor juez José O. Casás).*

3. La doctrina de la arbitrariedad no tiene por finalidad abrir una nueva instancia ordinaria donde pueda discutirse cuestiones de hecho o que se consideren tales, sino que sólo admite los supuestos desaciertos y omisiones de gravedad extrema a causa de los cuales los pronunciamientos no pueden adquirir validez jurisdiccional. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

4. El recurso de queja es procedente si contiene una crítica concreta, puntual y profunda del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, en la que se invoca la afectación de derechos consagrados en la Constitución Nacional, vulnerados por una interpretación "irrazonable, forzada e ilógica" del tribunal de mérito. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

5. Corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad en atención a que el eje de la controversia gira en torno a la operatividad del art. 14 bis de la C.N., o en otros términos a los alcances del principio *pro operari* que es una forma de garantía de igualdad entre quienes trabajan para el Estado y quienes lo hacen para empleadores particulares, cuya efectivización importa respecto del actor el reconocimiento del imperativo legal y constitucional del Estado de darle un correcto encasillamiento acorde a sus tareas y responsabilidades como profesional integrante de la Procuración. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

En sus votos los señores jueces remiten a sus fundamentos vertidos en el expte. n° 6259/08 "Gentile, Marcelo José s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Gentile, Marcelo José c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", sentencia del 17/6/2009, que se reproducen a continuación:

Expte. SACAyT n° 6730/09 - 12/5/2010

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. El señor Ricardo Manuel Kubrusli, en su carácter de agente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante CABA), con funciones en la Procuración General, promovió demanda contra el Gobierno de la Ciudad "por cobro de pesos, derivado de diferencias retroactivas e impagas por mal encasillamiento durante el período transcurrido entre el 1º/4/1992 y el 30/6/1994, reconocidas por el dec. 922/94, y por el monto que resulte de la pericia contable con más sus intereses y costas". Sostuvo, en su escrito promotor de fs. 1/4 vta. de esta queja, que la referida norma reconoció su verdadera situación de revista y corrigió un erróneo encasillamiento de su actividad que había sido dispuesto por los decs. 3544/GCBA/91 y 670/GCBA/92, sin embargo, el incremento salarial a favor de los agentes alcanzados (entre los que se encuentra la actora) operó a partir del día 30/6/1994. En virtud de ello, solicitó que se reconozcan y abonen retroactivamente, las diferencias adeudadas resultantes de dicho incremento entre las fechas arriba mencionadas, es decir: desde la entrada en vigencia del dec. 670/GCBA/92 hasta la aplicación del dec. 922/GCBA/94, de acuerdo con la teoría del enriquecimiento sin causa y el principio de igual remuneración por igual tarea. Ofreció prueba pericial contable, informativa y documental, y formuló la correspondiente reserva de caso constitucional y cuestión federal.

A fs. 9/11 de la queja, precisó el objeto de la demanda en estos términos: "la nulidad parcial del art. 1º del dec. 922/94 y de la resol. 178/DGRH/94, por cuanto

el mismo, al resolver el planteo de nulidad de mi encasillamiento original en el SIMUPA, limita sus efectos y modifica mi situación de revista a partir de julio de 1994 cuando debió hacerlo a partir del 1º de abril de 1992. Como consecuencia de la declaración de nulidad que se impetra, solicito que se liquide y abonen las sumas devengadas e impagas correspondientes al período transcurrido entre el 1º/4/1992 y el 30/6/1994, y por el monto que resulte de la pericia contable, con más sus intereses y costas."

2. A fs. 13/19 de la queja, la CABA contestó demanda. Negó que haya existido error alguno en el encasillamiento inicial, y que el actor haya estado mal encuadrado en el período comprendido entre el 1º/4/1992 y el 1º/7/1994. Sostuvo que el dec. 922/GCBA/94 es un típico acto institucional motivado en razones de oportunidad, mérito y conveniencia, que no reconoció ningún error anterior, sino que adjudicó un puntaje complementario al personal de la Procuración General alcanzado, con el fin de mejorar la situación escalafonaria y salarial de sus destinatarios a partir de una fecha determinada. En virtud de ello, expresó que no resultan aplicables al caso la teoría del enriquecimiento sin causa, ni el principio constitucional de igual remuneración por igual tarea. Se opuso a la prueba pericial contable y formuló reserva de caso constitucional y cuestión federal.

3. El señor juez de primera instancia dictó sentencia haciendo lugar a la demanda (fs. 76/79vta de la queja). Para resolver de esta manera, consideró que el apartado 2.1 del Capítulo II del Anexo II del dec. 670/GCBA/92 dispuso que el ingreso al SIMUPA del personal municipal comprendido en alguno de los regímenes escalafonarios preexistentes al nuevo escalafón, se produce por única vez, entonces, el problema es que un agente no puede ser reencasillado dos veces por única vez, entonces, el encasillamiento dispuesto por el dec. 922/GCBA/94 solo puede ser razonablemente entendido como sustituto del que se había practicado antes.

4. Ante la apelación deducida y fundamentada por la demandada (fs. 80/87 de la queja), cuyos agravios fueron contestados por la parte actora a fs 89/106 de esta queja, la Cámara falló haciendo lugar al recurso y revocando la sentencia de primera instancia. Para así decidir, señaló que de la lectura del dec. 922/GCBA/94 se advierte claramente que dicha norma no hizo las veces de enmienda de su antecesora (dec. 670/GCBA/92), sino que, simplemente, por razones de equidad la ha ampliado, otorgando un puntaje complementario a partir del 1º de julio de 1994, a los efectos de ofrecer al personal municipal una recomposición retributiva.

5. Contra dicho pronunciamiento, la parte accionante interpuso el recurso de inconstitucionalidad que luce a fs. 114/156 de la queja, el cual fue contestado a fs. 158/167vta. de la queja por el GCBA, y declarado inadmisible mediante la resolución de la Cámara obrante a fs. 169/171 de este incidente, lo que dio lugar a la interposición del recurso de queja que luce a fs. 172/218 del mismo expediente.

6. A fs. 226/228 el actor solicitó a este Tribunal, como medida para mejor proveer, que se cite e invite a una "audiencia informativa, con presencia de todas

las partes de altos ex funcionarios de la ex MCBA y del GCBA, a los fines de la búsqueda de la verdad material (art. 18 de la C.N., y 13, inc. 3º, CCBA, y lo dispuesto por el inc. 2º del arts. 29 y concs. del CCAyT...)". Dicha solicitud fue desestimada a fs. 233/236.

A fs. 238, el actor manifestó que no consiente la citada resolución que rechazó su pedido, y peticionó que se tenga en cuenta que la solicitud de tal medida se mantiene para ser planteada ante la CSJN o en su caso ante la CIDDHH. A fs. 243 se proveyó: "Téngase presente lo manifestado" y se ordenó la vista a la Fiscalía General.

7. El señor fiscal general adjunto, en su dictamen, propició el rechazo de la queja deducida (fs. 245/247 de la queja).

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. La cuestión traída a conocimiento del TSJBA en esta causa es sustancialmente similar a la resuelta recientemente en los autos "Gentile, Marcelo José s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Gentile, Marcelo José c/ GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. n° 6259/08, sentencia del 17/6/2009.

En este caso, al igual que en dicho precedente, bajo el agravio de arbitrariedad lo que intenta obtener el recurrente no es algo distinto a que el Tribunal revise la interpretación de los decs. 670/GCBA/92 y 922/GCBA/94 —derecho infraconstitucional— y valore las constancias probatorias de la causa para establecer si el actor ha sido o no mal encasillado en el SIMUPA, cuestiones todas ellas que resultan, en principio, ajenas al remedio intentado (art. 27, LPT).

Más allá del acierto o error de la decisión recurrida, la interpretación dada por la Cámara al alcance de los citados decretos aparece adecuadamente razonada y fundada en el plexo jurídico que se estimó necesario analizar y cuya aplicación fuera invocada por la propia parte actora.

2. Tampoco puede considerarse arbitraria la sentencia de la Cámara, puesto que se trata de un pronunciamiento serio y fundado en una interpretación literal del dec. 922/94.

Tal como lo he sostenido en la causa "Vidal, María del Carmen s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Vidal, María del Carmen c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. n° 6671/09, sentencia del 28/12/2009, "aun situándonos en la hipótesis de que el dec. 922/94 fuese el resultado de un conflicto gremial iniciado a raíz del dictado del dec. 670/92, ello no implica que la única forma de resolver dicho conflicto sea el 'reencasillamiento' del personal, como lo entendió la actora, pues fue otra la solución adoptada por la administración, de acuerdo a lo que surge del art. 1º del dec. 922/94 [...] Tampoco considero que las notas emitidas por el Procurador General a la Secretaría de Hacienda configuren una manifestación de la voluntad de la administración [toda vez que se trata de]

un órgano consultivo, y sus dictámenes son actos preparatorios, de asesoramiento jurídico, que no son vinculantes respecto de la autoridad competente de la administración activa que resuelve [...] En el contexto del conflicto gremial descripto por el accionante, una vez dictado del dec. 922/94, el entonces Procurador emitió las notas 6192-PG-95 y 2424-PG-96 a la Secretaría de Hacienda. Vale decir que estas notas ni siquiera fueron dictámenes sino meros actos inter-orgánicos, sin embargo de su lectura se advierte que sólo pueden interpretarse como una sugerencia, o un asesoramiento [...] Pero en modo alguno dichas notas implicaron una declaración de voluntad de la administración en ese sentido. Más aún esto es así cuando simultáneamente, otro órgano de la administración, la Secretaría de Hacienda, se mostró renuente a otorgar la partida solicitada para efectuar el pago."

3. Por estos motivos, y los concordantemente expuestos en el fallo "Gentile" arriba citado —cuyas copias deberán agregarse a estas actuaciones por Secretaría—, voto por rechazar el recurso de queja.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Coincido con la jueza de trámite, Dra. Ana María Conde, en que la cuestión traída a conocimiento del TSJBA en esta causa es sustancialmente similar a la resuelta en los autos "Gentile, Marcelo José s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Gentile, Marcelo José c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. n° 6259/08, sentencia del 17/6/2009.

En este caso, al igual que en ese precedente, y tal como indica mi colega, la sentencia de Cámara buscó apoyo en la interpretación de normas locales no constitucionales, como lo son los decs. 670/92 y 922/94; cuestión ajena, por regla, a la competencia de este Tribunal, sin que la recurrente haya logrado demostrar en el *sub lite* que corresponda hacer excepción a esa regla.

2. Finalmente, tampoco pueden prosperar los planteos dirigidos a cuestionar la forma en que impuso las costas la Cámara tanto en la sentencia de fecha 9 de marzo de 2009, como en la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad. Ello así, porque el recurrente ni muestra que el *a quo* haya obrado en forma arbitraria al valorar las cuestiones de hecho e interpretar las normas procesales que lo llevaron a resolver en la forma que lo hizo; ni ha tachado de inconstitucionales esas normas procesales.

El juez José O. Casás dijo:

Tal como lo señalan mis colegas preopinantes, doctores Ana María Conde y Luis F. Lozano, las cuestiones planteadas en el *sub examine* resultan sustancialmente similares a las resueltas por este Tribunal *in re*: "Gentile, Marcelo José s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Gentile, Marcelo José c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. n° 6259/08, sentencia del 17/6/2009. Así las cosas, corresponde sellar la suerte adversa del recurso intentado

en tanto los planteos allí propuestos discurren por carriles ajenos a la competencia recursiva reconocida a este Estrado.

Finalmente, también coincido en que los agravios que se refieren a la forma en que fueron impuestas las costas correspondientes a las instancias de mérito tampoco logran configurar una cuestión constitucional en los términos del art. 113, inc. 3º, de la CCBA. Ello así, puesto que lo atinente a la imposición de las costas constituye una cuestión fáctica y procesal propia de los jueces de la causa y, por su parte, el recurrente no ha logrado evidenciar la inconsistencia de la decisión adoptada, de cara a las constancias de la causa y a las normas adjetivas que disciplinan la materia —cuya constitucionalidad no ha sido puesta en tela de juicio.

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Recurso de queja

El recurso de queja ha sido interpuesto en tiempo, forma y dirige una crítica concreta y satisfactoria contra la resolución denegatoria del recurso de inconstitucionalidad.

Recurso de inconstitucionalidad

El eje del recurso en análisis es similar, tanto en los agravios que introduce cuanto en la estructura argumentativa que sostiene el recurrente al que fuera deducido en el expte. n° 6259/08 "Gentile, Marcelo José s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Gentile, Marcelo José c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)", en el expte. n° 6500/09 "García Miriam Nora s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'García, Miriam Nora c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'" y en la causa "Vidal, María del Carmen s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Vidal, María del Carmen c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. n° 6671/09, resuelto por este Tribunal el 28/12/2009.

En el caso en análisis, el recurrente introduce una cuestión constitucional análoga a la que se planteara en los precedentes indicados. Me remito, entonces, a los argumentos y a la solución que propiciara en mis votos en las causas mencionadas.

Por lo expuesto, voto por declarar procedente la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocar la decisión recurrida y ordenar que un tribunal que garantice el principio de imparcialidad, resuelva la cuestión de fondo de conformidad con los criterios indicados, con adjunción de la copia de la sentencia dictada en el expte. n° 6259/08 "Gentile, Marcelo José s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Gentile, Marcelo José c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'". En atención a la forma de resolver, las costas deben ser satisfechas por la demandada.

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 Ricardo Manuel Kubrusli.

2º. *Agregar* a este expediente copia de la sentencia dictada por el Tribunal en los autos "Gentile, Marcelo José s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Gentile, Marcelo José c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte n° 6259/08, de fecha 17/6/2009.

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

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

CIX

"MINISTERIO PÚBLICO —ASESORÍA GENERAL TUTELAR DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES— C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD. DERECHO A UNA VIVIENDA DIGNA: Alcances. Hábitat adecuado. Déficit habitacional. SUBSIDIOS: Programa de atención a familias en situación de calle. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Observación General del Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Obligación de medios. DERECHOS HUMANOS. PRINCIPIO PROGRESIVO: Regresividad. Inversión de la carga de la prueba. PRESUPUESTO: Recursos limitados. PODER LEGISLATIVO: Reglamentación de los derechos constitucionales. PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES: Control constitucional.

SUMARIOS:

1. La cláusula del art. 31 la CCBA engloba un aspecto inexorablemente colectivo —hábitat adecuado— con otro que, como regla, implica, directamente o de modo indirecto, como puede ocurrir en los planes autogestionados, asignaciones individuales de recursos, y sólo puede imaginarse como atendido por bienes colectivos en situaciones excepcionales en las que una escasez insuperable impone compartir el techo. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

2. La reglamentación de los derechos incumbe al legislador, que debe cumplir esa tarea conforme a las prioridades previstas por el constituyente y sin alterar el

espíritu del mandato contemplado en el art. 31 de la CCBA. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

3. La sola circunstancia de que la CCBA (art. 31) prevé prioridades —personas que padecen pobreza crítica, necesidades especiales con pocos recursos, viviendas precarias o marginación— implica que el constituyente asumió que los recursos son escasos y, por tanto, deben ser distribuidos según criterios transparentes que brinden apoyo antes a quienes tienen más necesidad. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

4. El inc. 1° del art. 31 de la CCBA dispone resolver progresivamente el déficit habitacional, que no es el único objeto del derecho enunciado en el encabezamiento de la norma, sino que esta previsión enlaza con la necesidad de afectar recursos no infinitos a distintas prestaciones de naturaleza social y cultural; educación y salud, esencialmente, que deben también ser atendidas por el Estado. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

5. A la luz de la relación entre el gobierno federal y los locales que organizan, entre otros, los arts. 5º, 31 y concordantes de la C.N., el art. 31 de la CCBA debe ser interpretado como un desarrollo de los derechos acordados por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), de modo que los derechos que confieren ambos cuerpos normativos no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

6. Establecer el alcance del derecho a la vivienda contemplado en el art. 11 supone asumir, entre otras reglas, la de la progresividad prevista en el art. 2º, ambos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

7. Las obligaciones de los Estados son en buena medida de medios no de resultados (Observación General 3 punto 1 del Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y las de medios llegan a la máxima medida de los recursos disponibles. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

8. La Ciudad de Buenos Aires no está obligada a proporcionar vivienda a cualquier habitante del país, o incluso del extranjero, que adolezca de la disponibilidad de tal bien, sino que su obligación se concreta en fijar programas y condiciones de acceso a una vivienda, dentro de las capacidades que sus posibilidades le permitan conforme el aprovechamiento máximo de los recursos presupuestarios disponibles. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

9. No existe un derecho subjetivo de cualquier persona para exigir en forma inmediata y directa de la Ciudad de Buenos Aires la plena satisfacción de su necesidad habitacional, sí en cambio, para que el universo de destinatarios a quienes el GCBA debe asistir, pueda requerir la cobertura habitacional indispensable —sea a través de hogares o paradores—. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

10. La progresividad del art. 2º del PIDESC constituye una salvaguarda para los Estados cuando no pueden cumplir inmediatamente respecto a todo el universo de los sujetos titulares de derechos los deberes asumidos, empero, adoptar las medidas

son, en el criterio de la Observación General 3 punto 9 del Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de resultado, e inmediatamente exigibles, de manera que, a partir de la vigencia del pacto, los gobiernos sobre los que pesa el deber de cumplirlo deben adoptar medidas que conduzcan a hacerlo en plenitud. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

11. No cabe medir la mejora según lo que toque a cada individuo, sino que debe serlo globalmente para toda la población, ni tampoco cabe pensar separadamente los derechos contemplados en el PIDESC sino que hay que pensarlos en conjunto, según se desprende de que los recursos disponibles lo son para el conjunto, desde que la Observación General 3 del Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al analizar el concepto de progresividad y regresividad relaciona esas calificaciones con el conjunto de medidas y de derechos alcanzados por las previsiones del PIDESC en función del máximo de recursos disponibles. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

12. La interpretación del PIDESC no incumbe solamente a los jueces (art. 31 de la C.N.) sino también al Poder Ejecutivo Nacional en su carácter de responsable y conductor de las relaciones exteriores, lo que obliga a un delicado equilibrio en el cual los jueces deben tener presente la necesidad de que la República pueda operar como un coherente sujeto de derechos en la comunidad internacional. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

13. Otra obligación de resultado que surge del PIDESC en la concepción de la Observación General 3, punto 10, consiste en que los Estados deben asegurar un piso o mínimo de satisfacción a los derechos que deben tutelar, lo cual les impone el deber de priorizar el uso de los recursos de que disponen, y en el caso del derecho a la vivienda, el deber consiste en brindar al menos un resguardo básico al universo de individuos al que tiene el deber de asistir (OG3 punto 10). *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

14. El art. 31 de la CCBA impone al GCBA atender con medidas y recursos diversos la carencia de vivienda digna de sus habitantes, al mismo tiempo que debe emplear los medios de los que dispone para brindarles un hábitat adecuado; responsabilidad que pesa primariamente sobre el Poder Legislativo. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

15. El art. 31 de la CCBA no brinda derecho inmediato e irrestricto a obtener una vivienda del Estado, sino que éste debe cumplir progresivamente con las finalidades propuestas: viviendas dignas y hábitat adecuado y la inversión debe estar dirigida tanto a vivienda como a infraestructura y servicios. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

16. Los subsidios no son los únicos medios de cumplir con la manda constitucional del art. 31, CCBA, pueden ser tanto totales como parciales; y deben ser distribuidos según prioridades contempladas en la CCBA y en los tratados internacionales, sin perjuicio de otras que el legislador escoja y siempre que sean compatibles con aquellas. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

17. El Estado debe brindar al menos un techo a quien esté dentro del universo de individuos al que le toca asistir y no lo tenga. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

18. Los subsidios para vivienda no constituyen la política a que hace referencia el art. 31 de la CCBA, sin embargo, forman parte de ella, como medidas transitorias tendientes a paliar la urgente necesidad habitacional de ciertos grupos que se encuentran, objetivamente, en desventaja para procurarse por sí un lugar donde vivir. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

19. El derecho que los subsidios generan a posibles beneficiarios, es un derecho de carácter asistencial, no exigible por cualquier habitante que carece de vivienda, sino sólo por quienes se encuentran dentro de los parámetros objetivos fijados por la reglamentación que resulten compatibles con el bloque normativo aplicable (art. 31, CCBA y PIDESC). *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

20. En ejercicio de sus propias competencias ni el Poder Ejecutivo (v. gr. art. 104, inc. 17, de la CCBA) ni el Poder Judicial (art. 106, CCBA) pueden asumir las elecciones privativas del legislador, y solamente en el ámbito legislativo puede establecerse el modo de afectar y distribuir recursos, elección que, en materia de vivienda debe observar las prioridades contempladas en el art. 31 de la CCBA así como aquellas otras que determine el legislador y resulten compatibles. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

21. No corresponde al Poder Judicial seleccionar políticas públicas ni expedirse en torno a su idoneidad o conveniencia y mucho más evidente surge la falta de medios para asumir tal tarea, medios que faltan precisamente porque no atañe al Poder Judicial asumir la misión de elaborar un plan de gobierno, circunstancia que no importa negarle toda intervención posible en materia de vivienda. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

22. En cuanto a los subsidios habitacionales, la cláusula constitucional examinada (art. 31 de la CCBA), con un claro sentido reglamentario, suministra criterios que fijan el cauce dentro del cual deben actuar los poderes políticos al dictar las normas complementarias —tal como el contenido en el primer inciso que prioriza a las personas que padecen de una pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos—, directivas que al estar contenidas en el vértice del ordenamiento jurídico habilitan el pertinente ejercicio del control judicial, aún en las ayudas temporarias que obran como paliativos ante el déficit de vivienda que afecta a los sectores sociales más postergados. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

23. El abordaje que el Gobierno ha dado al problema habitacional dista del programa que la CABA le ha encomendado, desde que las normas que suscitan la demanda, contenidas en el dec. 960/08, modificatorio del dec. 690/06, fueron emitidas por el Poder Ejecutivo en ejercicio de las facultades que le acuerdan los arts. 102 y 104, inc. 17 de la CCBA. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

24. La ausencia de disposiciones, reglamentando el derecho previsto en el art. 31 de la CCBA a nivel legal, puede dar lugar a favoritismo, como así también a

que un poder que no tiene a su cargo la competencia constitucional de autorizar los gastos y fijar su destino anualmente mediante la sanción del presupuesto oriente las erogaciones, dentro del margen de los programas presupuestarios genéricos aprobados por la Legislatura, a su sólo arbitrio, lo que alteraría los roles esenciales que en materia financiera se asignan, equilibradamente, a los distintos departamentos en los regímenes republicanos. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

25. A partir del sistema de frenos y contrapesos que propone el Estado de derecho, es en el ámbito legislativo —por su origen representativo— donde debe establecerse el modo de aplicar y distribuir los recursos públicos. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

26. En determinadas circunstancias, la acción de amparo judicial puede llegar a resultar una vía idónea para plantear la inconstitucionalidad de graves omisiones presupuestarias que impidan atender las urgentes demandas de los vecinos relacionadas con derechos humanos básicos, reconocidos y merecedores de tutela según la Constitución. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

27. El derecho a la vivienda en el contexto normativo que también propone el Estado social de derecho se vincula de manera estrecha con el goce de otros derechos fundamentales (alimentación, salud, vestido, educación, trabajo, protección integral de la familia, etc.), cuyo ejercicio, en definitiva, define si una persona se encuentra en condiciones de optar libremente por un propio plan de vida a partir del respeto del principio de autonomía personal. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

28. El mecanismo de subsidios es uno más de los previstos en el plexo normativo de la Ciudad y su implementación se traduce en una solución provisoria, en tanto no apunta a resolver "progresivamente el déficit habitacional" con "criterios de radicación definitiva", tal como lo postula el art. 31 de la CCBA, lo cual no implica que la adopción por el Departamento Ejecutivo de este tipo de medidas a través de la vía reglamentaria peque por exceso y resulte de por sí inconstitucional, más allá de que distraiga recursos destinados a construir viviendas que se convertirían en respuestas definitivas al problema habitacional. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

29. Si se logra demostrar de manera acabada que una medida estatal es regresiva, acreditando, por ejemplo, que el marco tuitivo de una nueva norma que se pone en vigencia constituye un retroceso con respecto al previsto con anterioridad para regir esa cuestión, a continuación, se trasladaría al Estado la carga de probar que, pese a ser regresiva, esa disposición se encuentra justificada por el ordenamiento valorado en su conjunto. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

30. La presunción de legitimidad de la que gozan todos los actos administrativos determina que cualquier persona que pretenda demostrar su invalidez constitucional deba practicar ante los tribunales de justicia la pertinente actividad probatoria, de discusión y de pormenorizado escrutinio. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

31. Para considerar que la política estatal en materia de vivienda desplegada por el GCBA ha incurrido en regresividad ante la omisión de una mención expresa en el dec. 960/08 orientada a lograr que el GCBA brinde asesoramiento a las personas que padecen problemas habitacionales para encontrar una solución estable a su situación, no parece suficiente el simple ejercicio de confrontar la reglamentación contenida en los decs. 690/06 y su modificatorio, sino que debería haberse considerado también el conjunto de las restantes normas jurídicas vigentes que disciplinan la materia habitacional en esta jurisdicción local, ya que el Programa de Atención para Familias en Situación de Calle se encuentra vinculado y se aplica en coordinación con otras políticas públicas que no han sido debidamente valoradas en el escrito de inicio —v. gr. ley 1.251 que establece los programas y acciones a cargo del Instituto de Vivienda de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (IVC), órgano de aplicación de las políticas de vivienda del Gobierno de la Ciudad—. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

32. El compromiso de la autoridad de aplicación del Programa de Atención para Familias en Situación de Calle en la actualidad no se limita a la entrega de un subsidio, sino que las normas vigentes contemplan o mantienen la posibilidad de desplegar las acciones específicas de asesoramiento y orientación para superar las situaciones puntuales de emergencia habitacional a requerimiento de los interesados en cada caso concreto. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

33. Asiste razón a la accionante cuando objeta el art. 2º del dec. 960/08 —que sustituyó el art. 4º del dec. 690/06— en cuanto reduce la población destinataria a las personas o familia en situación de calle y excluye como beneficiarios del programa a quienes por cualquier causal se hallaren en riesgo de ser desalojados o ante la inminencia de encontrarse en situación de calle, toda vez que se traduce en un retroceso a la luz del dec. 690/06 y de los preceptos constitucionales que reconocen el derecho a la vivienda adecuada, en tanto, a partir de ella, se ve desdibujado el alcance de la eminente finalidad preventiva que antes poseía el régimen bajo estudio, sin que el GCBA haya brindado una justificación plausible para respaldar esta modificación. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

34. La decisión contenida en el dec. 960/08, al establecerse sólo de manera excepcional el otorgamiento de la ayuda para la concreción de una solución definitiva al problema habitacional de los beneficiarios del programa, se traduce en un retroceso a la luz del dec. 690/06 y del art. 31 de la CCBA, disposición que claramente prevé como objetivo de las políticas públicas un abordaje del problema con criterios orientados a la radicación definitiva. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

35. Para considerar que la política estatal en materia de vivienda desplegada por el GCBA ha incurrido en regresividad a partir de la modificación introducida por el dec. 960/08 que establece como condición para la obtención del subsidio la de ser residente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con una antigüedad mínima de dos años, no parece suficiente el simple ejercicio de confrontar la reglamentación contenida en los decs. 690/06 y su modificatorio, sino que debería haberse considerado también el conjunto de las restantes normas jurídicas vigentes que disciplinan

la materia en esta jurisdicción local, ya que el Programa de Atención para Familias en Situación de Calle se encuentra vinculado y se aplica en coordinación con otras políticas públicas que no han sido debidamente valoradas en el escrito de inicio. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

36. La regresividad en la modificación de un derecho prestacional atendido por el Estado, debe ser comprobada a través de una apreciación del régimen desde una perspectiva sistémica y de conjunto. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

37. No se muestra irrazonable que, ante un problema de crisis habitacional que aqueja a todas las jurisdicciones políticas de la República Argentina, así como a los países limítrofes, y la correlativa insuficiencia de los recursos financieros públicos para resolverla o paliarla por la vía aquí elegida, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en identidad de condiciones objetivas escrutadas de acuerdo a las prioridades expresamente previstas en el propio texto constitucional, haga mérito de aplicar sus insuficientes disponibilidades económicas, orientándolas hacia a aquellos vecinos que acrediten vínculos de integración y pertenencia territorial más prolongados con la Ciudad, lo cual certifica una mayor voluntad y compromiso de permanencia. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

38. Las debilidades financieras de esta Ciudad, a partir de la reducida recepción de ingresos provenientes de la masa coparticipable, recursos desproporcionadamente magros frente al aporte que a ella realiza por la actividad económica generada en su ámbito, se convierte en una limitante para atender derechos de prestación en forma irrestricta, por cuanto ni siquiera puede satisfacer, en términos decorosos, los requerimientos de quienes, desde hace tiempo, residiendo en esta jurisdicción se encuentran en un estado de precariedad habitacional. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

39. El principio de progresividad y prohibición de regresividad en materia de derechos sociales ha sido incorporado al plexo de derechos y garantías de nuestro ordenamiento desde el marco internacional de los derechos humanos en general y, en forma expresa, a partir de la firma del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *(Voto en disidencia parcial de la señora jueza Elizabeth A. Marum).*

40. La introducción de los tratados internacionales de derechos humanos en el art. 75, inc. 22, de la C.N. reforzó la obligación de progresividad y prohibición de regresividad en nuestro ordenamiento legal. *(Voto en disidencia parcial de la señora jueza Elizabeth A. Marum).*

41. Los Estados han asumido la obligación de avanzar hacia la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, lo que implica una obligación concreta y constante de ampliar su tutela, y constituye una progresividad dinámica que impone la obligación de proceder de manera permanente y continua, que invalida toda medida que implique la disminución del grado de realización que los derechos hubiesen alcanzado. *(Voto en disidencia parcial de la señora jueza Elizabeth A. Marum).*

42. Aunque los tratados reconocen la situación particular de cada Estado y tienen en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que

se cuenta, también imponen varias obligaciones con efecto inmediato, por ejemplo que los Estados se "comprometen a garantizar" que los derechos pertinentes se ejercerán "sin discriminación". *(Voto en disidencia parcial de la señora jueza Elizabeth A. Marum).*

43. De modo que para que cada Estado pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todos los esfuerzos necesarios para conseguir y utilizar todos los recursos que están a su disposición, en un intento por satisfacer, con carácter prioritario esas obligaciones. *(Voto en disidencia parcial de la señora jueza Elizabeth A. Marum).*

44. La obligación de no regresividad asumida por el Estado es la prohibición de sancionar normas jurídicas que empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales instituidos en cada mejora progresiva. *(Voto en disidencia parcial de la señora jueza Elizabeth A. Marum).*

45. Existe regresividad normativa cuando, comparando una norma anterior con otra posterior, el nivel de protección que ofrece el ordenamiento jurídico ante una misma situación de hecho ha empeorado. *(Voto en disidencia parcial de la señora jueza Elizabeth A. Marum).*

46. El derecho a la vivienda requiere del Estado la promoción de planes de viviendas, a efectos de que todo habitante, en especial los de modestos ingresos, puedan acceder a ella. *(Voto en disidencia parcial de la señora jueza Elizabeth A. Marum).*

47. Es el demandante quien corre con la carga de demostrar, inicialmente, el carácter regresivo de la norma, acreditando que el grado de protección ofrecido por la nueva norma constituye un retroceso con respecto al existente con la norma anterior y, probado esto, la norma se presume inválida y corresponde al Estado la carga de acreditar que, pese a ser regresiva, la norma es justificable. *(Voto en disidencia parcial de la señora jueza Elizabeth A. Marum).*

48. La pretensión de inconstitucionalidad del art. 1º del dec. 960/08 en tanto excluye como objetivo de la política pública la orientación de las familias en situación de calle en la búsqueda de distintas estrategias de solución a su problemática habitacional no debe tener favorable acogida, pues la Asesoría Tutelar no ha logrado acreditar el carácter regresivo que ha invocado. *(Voto en disidencia parcial de la señora jueza Elizabeth A. Marum).*

49. La versión normativa actual establece como objetivo "primordial" el fortalecimiento transitorio del ingreso familiar con fines exclusivamente habitacionales, concepto que atiende a su carácter principal o primario, pero que de por sí implica que no descarta otros, aun cuando no se hallen expresamente dispuestos. *(Voto en disidencia parcial de la señora jueza Elizabeth A. Marum).*

50. La resol. 1554/08 del Ministerio de Desarrollo Social de la Ciudad cuando establece que a los fines de la obtención de la ampliación del subsidio habitacional otorgado, al momento de solicitarla, deberá acreditarse las medidas que hubiere adoptado a efectos de superar su situación de emergencia, lejos de resultar contraria a la letra del decreto impugnado en su redacción actual, la complementa. *(Voto en disidencia parcial de la señora jueza Elizabeth A. Marum).*

51. La demandada inconstitucionalidad del art. 2º del dec. 960/08 no puede prosperar en tanto la resol. 1554/08 del Ministerio de Desarrollo Social de la Ciudad —reglamentaria del Programa Atención para Familias en Situación de Calle— viene a clarificar el alcance de la tutela del Programa en cuestión. *(Voto en disidencia parcial de la señora jueza Elizabeth A. Marum).*

52. La Constitución de la Ciudad invita a dar preeminencia a los más carenciados por sobre aquellos que pudiesen llegar a necesitar de la misma ayuda dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos —art. 31.1, CCBA—, lo que impone una consideración preferencial de aquellas personas que están en peor situación, circunstancia que permite, atendiendo al carácter limitado de los recursos y aún frente a la necesidad de aprovechamiento máximo de los recursos disponibles, que ellos se distribuyan entre quienes se encuentran en un estado más crítico. *(Voto en disidencia parcial de la señora jueza Elizabeth A. Marum).*

53. Debe acogerse favorablemente la pretensión de inconstitucionalidad del art. 4º del dec. 960/08 por la denunciada restricción del destino del subsidio, pues del cotejo en abstracto en ambas normas puede observarse que el nivel de protección que ofrece el estado actual del ordenamiento jurídico ha empeorado en el punto, en la medida en que se restringe la frecuencia del posible destino del subsidio, al otorgarse carácter excepcional a la utilización en la obtención de una solución definitiva de la problemática habitacional, produciéndose un retroceso en el alcance y nivel de protección del derecho a la vivienda. *(Voto en disidencia parcial de la señora jueza Elizabeth A. Marum).*

54. La exigencia de previa evaluación a los fines de determinar la procedencia del subsidio que fue introducida por la posterior normativa, permite afirmar que las posibilidades de acceder a él por parte de aquellas personas que tengan un año o más de residencia, pero menos de dos, han sido recortadas cuando antes no lo estaban, reducción que atenta contra la prohibición de regresividad. *(Voto en disidencia parcial de la señora jueza Elizabeth A. Marum).*

55. Corresponde afirmar que no hay derechos humanos “programáticos”, y la plena vigencia de la Constitución no puede estar librada a la voluntad del legislador, ni existen derechos humanos que dependan de su reglamentación para ser exigibles; el derecho a una vivienda adecuada es un derecho vigente: el Estado asumió una obligación susceptible de generar responsabilidad internacional en caso de incumplimiento, que es judicialmente exigible. *(Voto en disidencia parcial de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

56. La prohibición de regresividad, consagrada por el derecho internacional de los derechos humanos y por el derecho constitucional federal y local, es un límite a la posibilidad de reglamentación de los derechos económicos, sociales y culturales. *(Voto en disidencia parcial de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

57. En el campo de los derechos económicos, sociales y culturales, si se acredita que una norma es regresiva respecto de otra u otras que sustituye o modifica, su invalidez (constitucional o convencional) se presume, y queda en cabeza del Estado producir la prueba conducente a desvirtuar la presunción, lo que en la

especie implica la demostración de que el dictado de las normas objetadas resultó ineludible. *(Voto en disidencia parcial de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

58. La vulneración del principio de progresividad ha de apreciarse siempre en relación al grado de protección alcanzado por los derechos económicos, sociales y culturales en el orden jurídico local, en un momento determinado y en el presente caso, la sustitución del dec. 690/06 por el dec. 960/08 supone regresividad normativa, ya que su sanción implica retroceder en el nivel de protección alcanzado por un derecho social, en el caso, el derecho a la vivienda adecuada. *(Voto en disidencia parcial de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

59. El más básico derecho a la vida no puede juzgarse garantizado sin el acceso a una vivienda digna y el pleno goce de otros derechos básicos, incluidos los civiles, no puede concebirse en ausencia de una vivienda adecuada, así, quien vive en la calle pierde su privacidad y ve gravemente vulnerado su derecho a la unidad familiar, y su autonomía individual, que consiste especialmente en poder elegir y llevar a cabo el propio plan de vida. *(Voto en disidencia parcial de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

60. El GCBA excluye de su "Programa" a las personas cuya situación de calle no es actual sino inminente, sin haber alegado que ofrece algún otro tipo de asistencia para quienes quedan excluidos del subsidio, circunstancia que institucionaliza como requisito para acceder a una prestación, que el grupo familiar se vea expuesto a todas las contingencias de "estar en la calle". *(Voto en disidencia parcial de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

61. La razonabilidad de una legislación que además de regresiva exige la producción de un daño, debe interpretarse en forma más que restrictiva y con la mayor severidad. *(Voto en disidencia parcial de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

62. Con la exclusión de los fines del Programa de la búsqueda de una solución habitacional definitiva, la norma cuestionada obsta el empleo de los fondos del subsidio para resolver en forma permanente la precariedad habitacional. *(Voto en disidencia parcial de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

63. Los beneficiarios del Programa podrán destinar el subsidio al alquiler temporal de una residencia, gasto incapaz de dar una solución definitiva y cuyos beneficios se agotan con el consumo del período de tiempo que cubren, sin que una vez concluido éste la situación de protección del derecho a la vivienda adecuada haya tenido variación alguna. *(Voto en disidencia parcial de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

64. La modificación normativa que requiere ahora dos años de residencia en la Ciudad, da cuenta una vez más de la voluntad del GCBA de disminuir la protección alcanzada por el derecho a la vivienda adecuada de los grupos más desaventajados y vulnerables, colectivos enteros privados de derechos, y excluye a un universo de quienes eran potenciales beneficiarios según la normativa anterior, constituyendo una regresión ilegítima. *(Voto en disidencia parcial de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

65. Los arts. 1º, 2º, 4º y 5º del dec. 960/08 son un camino de salida, la senda por la que el GCBA se retira del conflictivo escenario social de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cerrando la puerta a cualquier política pública en materia de

vivienda y excluyendo especialmente a las personas más vulnerables; su carácter regresivo es evidente con la sola lectura, que da cuenta de la voluntad evasiva del demandado y revela que la norma impugnada transgrede la limitación impuesta a la reglamentación de los derechos económicos, sociales y culturales por la prohibición de regresividad. *(Voto en disidencia parcial de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

66. El art. 31 de la CCBA comienza por reconocer el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado y engloba un aspecto inexorablemente colectivo —hábitat adecuado— con otro que, como regla, implica, directamente o de modo indirecto, como puede ocurrir en los planes autogestionados, asignaciones individuales de recursos, y sólo puede imaginarse como atendido por bienes colectivos en situaciones excepcionales en las que una escasez insuperable impone compartir el techo. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

67. La sola circunstancia de que la CCBA (art. 31) prevé prioridades —personas que padecen pobreza crítica, necesidades especiales con pocos recursos, viviendas precarias o marginación— implica que el constituyente asumió que los recursos son escasos y, por tanto, deben ser distribuidos según criterios transparentes que brinden apoyo antes a quienes tienen más necesidad. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

68. A la luz de la relación entre el gobierno federal y los locales que organizan, entre otros, los arts. 5º, 31 y concs. de la C.N., el art. 31 de la CCBA debe ser interpretado como un desarrollo de los derechos acordados por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), de modo que los derechos que confieren ambos cuerpos normativos no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

69. En primer término, las obligaciones deben ser cumplidas por todos los medios apropiados y principalmente mediante medidas legislativas, sin que ello signifique que la administración no deba contribuir al cumplimiento —art. 2º (1) del Pacto y punto 3 del OG3— pero, cada poder dentro de la función que le incumbe. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

70. Las obligaciones de los Estados son en buena medida de medios no de resultados (Observación General 3 punto 1 del Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y las de medios llegan a la máxima medida de los recursos disponibles. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

71. La Ciudad de Buenos Aires no está obligada a proporcionar vivienda a cualquier habitante del país, o incluso del extranjero, que adolezca de esa necesidad, sino que su obligación se concreta en fijar programas y condiciones de acceso a una vivienda, dentro de las capacidades que sus posibilidades le permitan conforme el aprovechamiento máximo de los recursos presupuestarios disponibles. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

72. No existe un derecho subjetivo de cualquier persona para exigir en forma inmediata y directa de la Ciudad de Buenos Aires la plena satisfacción de su necesidad habitacional; sí, en cambio, para que el universo de destinatarios a quienes el GCBA debe asistir, pueda requerir la cobertura habitacional indispensable —sea

a través de hogares o paradores. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

73. El otorgamiento por los Estados pactantes de derechos susceptibles de ser invocados ante sus órganos judiciales constituye un deber de esos Estados, que, en nuestro caso, pesan tanto sobre el Estado federal como sobre los locales que han investido al federal de la misión de representarlos ante la comunidad internacional (OG3 punto 5). *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

74. No cabe medir la mejora según lo que toque a cada individuo, sino que debe serlo globalmente para toda la población, ni tampoco cabe pensar separadamente los derechos contemplados en el PIDESC sino que hay que pensarlos en conjunto, según se desprende de que los recursos disponibles lo son para el conjunto, desde que la Observación General 3 del Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al analizar el concepto de progresividad y regresividad relaciona esas calificaciones con el conjunto de medidas y de derechos alcanzados por las previsiones del PIDESC en función del máximo de recursos disponibles. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

75. Las medidas que deben adoptar los Estados en el marco del PIDESC deben ser las mejores que permitan los recursos de que se dispone, y corresponden en buena parte a los poderes legislativos (OG3 puntos 3, 4, 6, 8, 11 y 15), pues incumbe primariamente al Poder Legislativo establecer cuáles son los recursos disponibles y, además, nada asegura mejor que una medida legislativa la igualdad en la distribución de beneficios (punto 3). *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

76. El art. 31 de la CCBA impone al GCBA atender con medidas y recursos diversos la carencia de vivienda digna de sus habitantes, al mismo tiempo que debe emplear los medios de los que dispone para brindarles un hábitat adecuado; responsabilidad que pesa primariamente sobre el Poder Legislativo. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano). (Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

77. El art. 31 no genera un derecho subjetivo inmediato e irrestricto a obtener una vivienda del Estado, y es obligación de los gobiernos cumplir progresivamente y hasta el máximo de los recursos posibles las dos mandas constitucionales básicas: vivienda digna y hábitat adecuado. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

78. Las inversiones de recursos deben estar asignadas tanto a la vivienda como a la infraestructura y a los servicios. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

79. Los subsidios no son los únicos medios de cumplir las obligaciones impuestas por el art. 31; por ello pueden ser totales o parciales o estar sujetos a pautas de distribución, siempre que éstas respeten las contempladas en la Constitución y en los tratados internacionales. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

80. La prueba de que una norma es regresiva determina la presunción de invalidez de la disposición en cuestión, trasladando la carga probatoria de la justificación hacia el Estado demandado y dejando de lado la presunción de legitimidad

de los actos administrativos, pero la inversión de carga probatoria no funciona en forma automática, sino que se requiere que el demandante establezca con seriedad suficiente el presupuesto que motoriza la presunción inversa, es decir la condición de regresiva de una norma determinada. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

81. La norma o las cláusulas o artículos considerados regresivos deben integrar o formar parte de un cuerpo normativo que establezca, en forma parcial o total, una política pública, caso en el cual las cláusulas que la integran habitualmente conforman un todo sistémico que no ha de perderse de vista, y no es suficiente, para obtener el beneficio de la inversión de la carga de la prueba, la simple comparación entre cláusulas aisladas o artículos desconectados. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

82. El principio de inversión de la carga probatoria no puede ser considerado con el estricto rigor que la cuestión a tratar ameritaría pues, ante la falta de argumentación orientada a generar auténtica convicción de regresividad por parte de la accionante, debe resultar morigerado por el principio de presunción de legitimidad de los actos administrativos. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

83. A la luz de la política de vivienda de la Ciudad de Buenos Aires, no es posible determinar —aplicando el método de abordar la comparación en conjunto por institución, en este caso asistencia a las personas en situación de calle—, al menos en abstracto, que las cláusulas del dec. 960/08 que la accionante impugna, determinen que la política habitacional con relación a grupos de extrema vulnerabilidad, pueda entenderse regresiva. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

84. En cuanto al requisito previsto en el art. 2° del dec. 960/08, que reduce los destinatarios del programa a aquellas personas o grupos familiares que se encuentran efectivamente en situación de calle, no se ha acreditado que no existan otros programas o soluciones diseñadas para quienes se encuentren en una situación tal que les permita avistar un problema habitacional en un futuro próximo, aun cuando no sea una realidad en el momento de solicitar la ayuda que brinda el subsidio. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

85. La modificación del art. 4°, al establecer que el subsidio tendrá como único destino cubrir gastos de alojamiento y sólo de manera excepcional podrá ser destinado a la obtención de una solución definitiva para la problemática habitacional de la familia, carece de entidad para ser entendida como una restricción en la política habitacional que pueda ser considerada como retroceso inadmisible desde el punto de vista constitucional, pues la política habitacional — entendida en la amplitud abarcada por el art. 31, CCBA— no puede ceñirse a lo dispuesto en un artículo aislado, y las soluciones definitivas bien pueden ser alcanzadas por otros programas o medidas que faciliten o propicien la construcción de unidades de vivienda o su adquisición. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

86. El requisito de residencia de dos años en la Ciudad —cuando anteriormente se requería un año—, no puede, por sí sólo y aisladamente, ser valorado para catalogar la política habitacional del sector al cual se dirige el decreto en cuestión,

desde que esta decisión parece destinada a priorizar, en la asignación de los recursos públicos, a quienes tienen residencia estable en la Ciudad por ante quienes pueden estarlo en forma transitoria —por búsqueda de trabajo, por un tratamiento médico o cualquier otra circunstancia— decisión política que, en abstracto, no es cuestionable por sí desde que, cualquiera sea el lapso de residencia del peticionante, el Estado local estará obligado a prestar ayuda a través de paradores u hogares previstos en los distintos planes sociales del Ministerio de Desarrollo Social. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

87. Al preverse una evaluación de la situación de aquellas personas que posean más de un año de residencia pero no alcancen los dos años, ello implica que la residencia de dos años no es un requisito absoluto de procedencia del subsidio, ni una postura cerrada de la Administración para concederlo o denegarlo en virtud de un lapso de residencia considerado aisladamente. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. SAO nº 6153/08 - 12/5/2010

VISTO:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. A fs. 1/19 la señora asesora general tutelar de la Ciudad, 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 de diversas normas del dec. 960/08 que modificó el Programa de Atención para Familias en Situación de Calle aprobado por el dec. 690/06.

La accionante sostiene que las disposiciones reglamentarias mencionadas "implican retrocesos en la política pública destinada a proteger el derecho a la vivienda adecuada" y, por ello, vulneran los arts. 14 bis, 16, 28, 31, 75, incs. 22 y 23, y 99 inc. 2º, de la C.N.; el art. 25, inc. 1º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; los arts. 2º, 4º y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el art. 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño; el art. 5º, inc. e) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; el art. 14, inc. 22 de la Convención por la Eliminación de la Discriminación contra las Mujeres; los arts. 10, 11, 17, 20, 31 y 39 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; la Ley nacional 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, y la Ley 114 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (fs. 1 vta. y 2 vta.).

2. El Tribunal, por mayoría (conf. voto del juez José O. Casás al que adhirieron en lo pertinente los jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano), declaró parcialmente admisible la acción mediante la sentencia de fecha 3/12/2008 (fs. 28/41), con al siguiente alcance:

En cuanto al art. 1º del dec. 960/08 —que sustituyó al art. 3º del dec. 690/06— en tanto, según la accionante, *excluye* "como objetivo de la política pública (...)

la orientación de las familias en situación de calle en la búsqueda de distintas estrategias de solución a su problemática habitacional" e *incorpora "la transitoriedad de las medidas en reemplazo de la política de solución de la problemática habitacional"* (fs. 13 vta.).

En punto al art. 2º del citado dec. 960/08 —que sustituyó el art. 4º del dec. 690/06— en cuanto, según la accionante, "*reduce la población destinataria* a las personas o familia en situación de calle" *y excluye* "como beneficiarios del programa *a quienes* por cualquier causal *se hallaren en riesgo* de ser desalojados o ante la inminencia de encontrarse en *situación de calle*" (fs. 14).

Respecto del art. 4º del dec. 960/08 —que sustituyó al art. 10 del dec. 690/06— en tanto, a criterio de la señora asesora general tutelar, establece que "la asignación monetaria tendrá como único destino cubrir gastos de alojamiento" y sólo de manera excepcional podrá ser destinado "a la obtención de una solución definitiva para la problemática habitacional de la familia", lo que considera una restricción al destino del subsidio que otorgaba la redacción anterior, en orden a su utilización tanto para cubrir gastos de alojamiento o enderezada a la obtención de una solución habitacional definitiva (fs. 17)

En cuanto al art. 5º del dec. 960/08 —que sustituyó el art. 11 del dec. 690/06—, en la medida que ahora *requiere como requisito* de admisibilidad *ser residente de la Ciudad con una antigüedad mínima de dos (2) años*, cuando la anterior exigencia en este punto era sólo de un (1) año.

3. El Gobierno de la Ciudad contestó el traslado previsto por el art. 21 de ley 402 y solicitó el rechazo de la demanda (fs. 47/63 vta.).

4. Luego, la actora presentó un escrito en el cual manifestó 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". La señora asesora sostuvo 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 vta.).

Mediante el pronunciamiento de fecha 16/3/2009, el Tribunal dispuso correr traslado de la presentación al GCBA (fs. 73/75).

En su contestación la demandada solicitó el rechazo de la misma (fs. 115/121 vta.).

5. A fs. 103/111 y 125/134 se presentaron respectivamente, en calidad de *amici curiae*, la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) y el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), expresando una "opinión fundada sobre el tema en debate".

A fs. 260/271 vta. y 288/299 respectivamente, hicieron lo propio la señora Defensora del Pueblo de la Ciudad y el Sr. Facundo Martín Di Filippo.

6. Con fecha 27/11/2009, ante la vacancia en el Tribunal originada por la renuncia a su cargo de juez del Dr. Julio B.J. Maier, el juez de trámite dispuso su integración con un magistrado designado por sorteo, resultando desinsaculada la Presidente de la Cámara de Apelaciones en lo Penal Contravencional y de Faltas, jueza Elizabeth A. Marum, circunstancia que fue notificada a la aludida magistrada y a las partes (fs. 283, 284 y 303/307).

7. A fs. 136/149 vta. el *señor fiscal general adjunto* de la Ciudad emitió su dictamen y *propició el rechazo de la acción declarativa de inconstitucionalidad* interpuesta.

8. El día 16 de diciembre de 2009 tuvo lugar la audiencia pública prevista por la ley 402 —con la integración del Tribunal que resultó del sorteo efectuado a fs. 284—. En ese acto hicieron uso de la palabra los asistentes oficiosos del Tribunal, la parte actora, los representantes de la Procuración General de la Ciudad y el señor fiscal general adjunto (fs. 318).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. El planteo que debe ser tratado por el Tribunal.

Como surge del relato contenido en los resulta, la presente acción declarativa de inconstitucionalidad, por decisión de la mayoría del Tribunal, quedó circunscripta al examen del cuestionamiento de la señora asesora general tutelar vinculado a los arts. 1º, 2º, 4º y 5º del dec. 960/08.

En sustancia, los planteos reseñados se fundan en la *violación del principio de progresividad o prohibición de regresividad* —en los términos de los arts. 28, 31, 75, incs. 22 y 23, C.N.; 10 y 31, CCBA; 26 de la CADH; y 2º y 4º del PIDESC—, en materia de protección del derecho a la vivienda adecuada contemplado por los arts. 14 bis, C.N.; 17 y 20, CCBA; 25, inc. 1º, DUDH; y 11 del PIDESC.

También corresponde señalar que se ha incluido en el debate la resol. 1554/08 del Ministerio de Desarrollo Social, reglamentaria del dec. 960/08, ya que la señora asesora ha expresado que la pretensión declarativa de inconstitucionalidad formulada en la causa se extiende a su contenido, en cuanto se relacione concretamente con los artículos del decreto citado que son objeto de tacha (fs. 65/68 vta.).

2. Algunas precisiones acerca del reconocimiento del derecho a la vivienda digna en la Constitución del Ciudad, el concepto de progresividad y la presunción de legitimidad de los actos jurídicos estatales.

2.1. Con carácter liminar, corresponde efectuar ciertas precisiones orientadas a dejar en claro el marco conceptual sobre el cual se examinarán las objeciones al dec. 960/08 formuladas por la accionante.

2.2. En primer término, considero que corresponde que haga propio, en general, los contenidos del meduloso desarrollo argumental efectuado por mis colegas, doctores Ana María Conde y Luis F. Lozano —al que adherí con matizaciones y

en lo pertinente— en la causa: "Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 6754/09, sentencia del 12/5/2010, toda vez que en el precedente citado el Tribunal, si bien en ejercicio del *control difuso de constitucionalidad* que le compete en virtud del art. 113, inc. 3º de la CCBA, ha debido definir el alcance que cabe asignar al *derecho a una vivienda digna*, en los términos en que se halla consagrado en el art. 31 de la Carta Magna local, cuestiones relacionadas a las que se ventilan hoy, en este expediente, y su confrontación con los *derechos asistenciales* contenidos en diversas normativas emanadas del Departamento Ejecutivo de la Ciudad, a través de la impugnación en abstracto del dec. 960/08, articulada por la Asesora General Tutelar, en este caso por la vía del *control de constitucionalidad concentrado,* prevista y regulada por el art. 113, inc. 2º, del Estatuto Supremo local.

Así, tal como lo sostuvieron los jueces Conde y Lozano en el precedente referido, para un mejor tratamiento del eje central de los planteos propuestos, conviene transcribir el texto del art. 31 de la CCBA:

La Ciudad reconoce el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado. Para ello:

1. Resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos.

2. Auspicia la incorporación de los inmuebles ociosos, promueve los planes autogestionados, la integración urbanística y social de los pobladores marginados, la recuperación de las viviendas precarias y la regularización dominial y catastral, con criterios de radicación definitiva.

3. Regula los establecimientos que brindan alojamiento temporario, cuidando excluir los que encubran locaciones.

El artículo transcripto comienza por reconocer el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado.

En esta cláusula, la CCBA engloba un aspecto inexorablemente colectivo —hábitat adecuado— con otro que, como regla, implica, directamente o de modo indirecto, como puede ocurrir en los planes autogestionados, asignaciones individuales de recursos, y sólo podemos imaginarlo como atendido por bienes colectivos en situaciones excepcionales en las que una escasez insuperable impone compartir el techo.

La reglamentación de esos derechos incumbe al legislador, que debe cumplir tal tarea conforme a las prioridades previstas por el constituyente y sin alterar el espíritu del mandato contemplado en el art. 31 de la CCBA.

Inmediatamente, la norma organiza en tres incisos una sucesión de medios para atender dicho derecho. Esas previsiones abarcan desde el ejercicio del poder de policía, del tercer apartado, hasta la organización de los beneficiarios y el apoyo de la autogestión para construir viviendas, pasando por la concreción de soluciones habitacionales según prioridades.

El resultado que la CCBA pone a cargo del Estado no es de cumplimiento instantáneo, ni siquiera inmediato o de corto plazo. La sola circunstancia de que prevé prioridades —personas que padecen pobreza crítica, necesidades especiales con pocos recursos, viviendas precarias o marginación— implica que el constituyente asumió que los recursos son escasos y, por tanto, deben ser distribuidos según criterios transparentes que brinden apoyo antes a quienes tienen más necesidad.

En la misma senda y con una formulación explícitamente omnicomprensiva, el inc. 1° dispone resolver progresivamente el déficit habitacional, que, como dije no es el único objeto del derecho enunciado en el encabezamiento. Esta previsión enlaza con la necesidad de afectar recursos no infinitos a distintas prestaciones de naturaleza social y cultural; educación y salud, esencialmente, que deben también ser atendidas por el Estado. Además, tiene un propósito que no se puede perder de vista y que consiste en posibilitar radicaciones definitivas, tal como establece el inc. 2º.

2.3. El art. 31 de la CCBA se enmarca en el contexto normativo de la C.N. y particularmente en el del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —en particular art. 11 que reconoce el *derecho a* la *vivienda adecuada*—, elevado a la jerarquía de regla constitucional, en las condiciones de su vigencia, por el texto del art. 75, inc. 22 de la C.N., según Reforma Constitucional de 1994. Las disposiciones de dicho tratado internacional también son asumidas como compromiso por el constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el art. 10 de la CCBA.

A la luz de la relación entre el gobierno federal y los locales que organizan, entre otros, los arts. 5º, 31 y concordantes de la C.N., dicho art. 31 de la CCBA debe ser interpretado como un desarrollo de los derechos acordados por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Los derechos que confieren ambos cuerpos normativos no "pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos".

Corresponde, entonces, establecer el *alcance del derecho a la vivienda* contemplado en el art. 11, lo que supone asumir, entre otras reglas, la de la *progresividad* prevista en el art. 2º, ambos del Pacto Internacional en cuestión. Ello así, porque, aunque no ha sido puesto en tela de juicio que el art. 31 de la CCBA cumple con dicho pacto, la interpretación que de él se haga servirá necesariamente de pauta para la de la norma local, por aplicación de la regla hermenéutica, tantas veces recordada por la CSJN, con arreglo a la cual de dos interpretaciones debe optarse por aquella que armoniza mejor con la norma de rango superior (*Fallos*, 182:486; 184:5; 186:258; 200:165; 281:146; 296:22; 297:142; 299:93; 301:460; 304:794 y 314:1445, entre otros).

La Observación General 3 del Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1990, "La índole de las obligaciones de los Estados partes", art. 11 [2], en adelante OG3), suministra una visión que nos sirve indudablemente de guía y que habrá de ser tenida en cuenta a la hora de formular la interpretación del art. 31 de la CCBA.

2.4. En primer término, las obligaciones deben ser cumplidas por todos los medios apropiados y principalmente mediante medidas legislativas, sin que ello signifique que la Administración no deba contribuir a hacerlas efectivas —art. 2º (1) del Pacto y punto 3 del OG3— pero, cada poder dentro de la función que le incumbe. Son razones esenciales, para esta prelación de las medidas legislativas, la necesidad de garantizar la igualdad en la distribución de los beneficios (OG6 y puntos 1 y 3 de la OG3) y la circunstancia de que la obtención de los recursos y su asignación es una base esencial para el cumplimiento (OG3 punto 1).

2.5. Las obligaciones de los Estados son en buena medida de medios no de resultados (OG3 punto 1) y las de medios llegan a la máxima medida de los recursos disponibles.[14] Los recursos disponibles limitan aun la progresividad en el cumplimiento pleno de los compromisos emergentes del PIDESC. De todos modos, no es menos cierto que el párr. 1º del art. 2º del tratado obliga a cada Estado parte a tomar las medidas necesarias "hasta el máximo de los recursos de que disponga", por tanto, para que cada Estado parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar el máximo de los recursos que están a su disposición para satisfacer sus obligaciones (conf. OG3, puntos 9 y 10).

Esto significa que la Ciudad de Buenos Aires no está obligada a proporcionar vivienda a cualquier habitante del país, o incluso del extranjero, que adolezca de la disponibilidad de tal bien. Su obligación se concreta en fijar programas y condi-

[14] "Sobre la base de la extensa experiencia adquirida por el Comité, así como por el organismo que lo precedió durante un período de más de un decenio, al examinar los informes de los Estados partes, el Comité es de la opinión de que corresponde a cada Estado parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Así, por ejemplo, un Estado parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, *prima facie* no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto. Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser. Análogamente, se ha de advertir que toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata. El párr. 1º del art. 2º obliga a cada Estado parte a tomar las medidas necesarias 'hasta el máximo de los recursos de que disponga'. Para que cada Estado parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas" (conf. OG3, punto 10).// "El Comité desea poner de relieve, empero, que, aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, sigue en pie la obligación de que el Estado parte se empeñe en asegurar el disfrute más amplio posible de los derechos pertinentes dadas las circunstancias reinantes. Más aún, de ninguna manera se eliminan, como resultado de las limitaciones de recursos, las obligaciones de vigilar la medida de la realización, o más especialmente de la no realización, de los derechos económicos, sociales y culturales y de elaborar estrategias y programas para su promoción" (conf. OG3, punto 11).

ciones de acceso a una vivienda, dentro de las capacidades que sus posibilidades le permitan conforme el aprovechamiento máximo de los recursos presupuestarios disponibles.

No existe un derecho subjetivo de cualquier persona para exigir en forma inmediata y directa de la Ciudad de Buenos Aires la plena satisfacción de su necesidad habitacional. Sí, en cambio, para que el universo de destinatarios a quienes el GCBA debe asistir, pueda requerir la cobertura habitacional indispensable —sea a través de hogares o paradores— conforme se explicará más adelante.

2.6. Asimismo, la satisfacción por los Estados adheridos al tratado internacional de derechos susceptibles de ser invocados ante sus órganos judiciales constituye un deber de esos Estados, que, en nuestro caso, pesan tanto sobre el Estado federal como sobre los locales que han investido al federal de la misión de representarlos ante la comunidad internacional (OG3 punto 5).

2.7. La progresividad del art. 2º constituye en ese sentido una salvaguarda para los Estados cuando no pueden cumplir inmediatamente respecto a todo el universo de los sujetos titulares de derechos los deberes asumidos. Empero, adoptar las medidas (versión española), *taking the steps* (inglesa) o *s'engage à agir* (francesa), son, en el criterio de la OG3 punto 9, de resultado, e inmediatamente exigibles, de manera que, a partir de la vigencia del pacto, los gobiernos sobre los que pesa el deber de cumplirlo deben adoptar medidas que conduzcan a hacerlo en plenitud.

Ello implica que, en cada momento, debe exhibirse, en lo posible, un paso más que los acumulados en aquellos precedentes dirigidos a alcanzar el objetivo y, al menos, no uno ni varios en sentido contrario.

Los pasos deben ser deliberados, concretos y dirigidos tan claramente como sea posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas por el Pacto.[15]

En otras palabras, el art. 2º impone la obligación de actuar tan expeditiva y efectivamente como sea posible hacia el logro de las metas previstas. Más aún, la OG3 destaca que "...todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga" (OG3, punto 9, *in fine*).

2.8. En esa línea, no cabe medir la mejora según lo que toque a cada individuo, sino que debe serlo globalmente para todos los titulares de los derechos. Tampoco cabe pensar aisladamente los derechos contemplados en el PIDESC sino que hay que apreciarlos en conjunto, según se desprende de que los recursos disponibles lo son para todos los derechos de todos los integrantes de la sociedad que los demanden. La tan citada OG3, al analizar el concepto de progresividad y

[15] "Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto" (conf. OG3, punto 2, *in fine*).

regresividad relaciona esas calificaciones con el universo de medidas —obligaciones estatales— y de derechos —de los integrantes del cuerpo social— alcanzados por las previsiones del PIDESC en función del máximo de recursos disponibles (véanse puntos 9 y 10).

2.9. Las medidas deben ser las mejores que permitan los recursos de que se dispone.

2.10. Esas medidas corresponden en buena parte ser dispuestas por los poderes legislativos (OG3 puntos 3, 4, 6, 8, 11 y 15). Por un lado, incumbe primariamente al Poder Legislativo establecer cuáles son los recursos disponibles y, además, nada asegura mejor que una medida legislativa el preservar la igualdad en la distribución de beneficios que posibiliten el goce de los derechos (punto 3).

2.11. A esta altura de la exposición resulta necesario recordar que la interpretación del Pacto Internacional no incumbe solamente a los jueces (art. 31 de la C.N.) sino también al Poder Ejecutivo Nacional en su carácter de responsable y conductor de las relaciones exteriores. Esto obliga a un delicado equilibrio en el cual los jueces deben tener presente la necesidad de que la República pueda operar como un coherente sujeto de derechos en la comunidad internacional. No hay evidencias de que los órganos políticos federales hayan querido que el contenido de las obligaciones asumidas mediante el PIDESC exceda el que el GCBA se propuso, ni que haya asignado recursos financieros complementarios a través de políticas nacionales de vivienda —más allá de los tradicionales aportes del FO.NA.VI.— para que la CABA los implemente en su territorio.

2.12. Otra obligación de resultado surge del PIDESC en la concepción de la Observación General 3, punto 10, por cuanto: los Estados deben asegurar un piso o mínimo de satisfacción a los derechos que deben tutelar. Esto impone a los Estados el deber de priorizar el uso de los recursos de que disponen. En el caso del derecho que nos ocupa, el deber consiste en brindar al menos un resguardo básico al universo de individuos al que tiene el deber de asistir (OG3 punto 10). En este sentido, el punto 10 de la OG3 apunta que "...al examinar los informes de los Estados partes, el Comité es de la opinión de que corresponde a cada Estado parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos" y enumera como expresión mínima de esos derechos el acceso a, por ejemplo, "...alimentos esenciales, atención primaria de salud esencial, de *abrigo y vivienda básicos..."* (el destacado en bastardilla no figura en el original). Resulta ilustrativo mencionar que en las versiones en inglés y francés, para lo que aquí importa, se usan respectivamente los términos *shelter and housing* y *logement*. Traducido al español *shelter* es "abrigo" o "refugio" y combinada con *housing* o *logement* remite a la idea de alojamientos gubernamentales u oficiales (conf. Diccionario *Oxford Spanish Dictionary*, Oxford University Press, 2005 y *Espasa Grand: español-francés*, Espasa-Calpe, 2000). En la interpretación del Comité, el parador estatal destinado a brindar "abrigo" aparece como la expresión mínima del

derecho a la vivienda. Una manifestación de ese derecho que, por austera, no debe dejar de reunir condiciones indispensables de dignidad.

2.13. A partir de tales directivas constitucionales analizadas en el contexto reseñado, es posible y necesario determinar la significación atribuible al art. 31 de la CCBA.

El texto comentado lleva a adoptar la siguiente interpretación o doctrina: el art. 31 impone al GCBA

a) atender con medidas y recursos diversos la carencia de vivienda digna de sus habitantes,[16] al mismo tiempo que debe emplear los medios de los que dispone para brindarles un hábitat adecuado;

b) esa responsabilidad pesa primariamente sobre el Poder Legislativo;

c) no brinda derecho inmediato e irrestricto a obtener una vivienda del Estado;

d) sino que éste *debe cumplir progresivamente con las finalidades propuestas: viviendas dignas y hábitat adecuado*;

e) la inversión debe estar *dirigida* tanto *a vivienda como a infraestructura y servicios*;

f) los subsidios no son los únicos medios de cumplir con la manda constitucional y pueden ser tanto totales como parciales;

g) deben ser distribuidos según prioridades contempladas en la CCBA y en los tratados internacionales, sin perjuicio de *otras* que el legislador escoja y siempre *que sean compatibles* con aquellas.

h) el Estado debe brindar al menos un techo a quien esté dentro del universo de individuos al que le toca asistir y no lo tenga.

Los subsidios para vivienda no constituyen la política a que hace referencia el art. 31 de la CCBA, según ya ha sido explicado. Sin embargo, se traducen en un paliativo transitorio tendiente a mitigar la urgente necesidad habitacional de ciertos grupos que se encuentran, objetivamente, en desventaja para procurarse por sí un lugar donde vivir.

En ese marco, el derecho que generan a posibles beneficiarios es un derecho de carácter asistencial, de origen infraconstitucional, no exigible por cualquier habitante que carece de vivienda, sino sólo por quienes se encuentran dentro de los parámetros objetivos fijados por la reglamentación que resulten compatibles con el bloque normativo aplicable.

Dentro de este esquema, no debe olvidarse que los potenciales beneficiarios que pretenden aprovechar el subsidio o programa especial de vivienda social, deben cumplir los requisitos y condiciones impuestos por las normas. Ese cumplimiento debe ser acreditado fehacientemente para que exista un deber a cargo del GCBA cuyo cumplimiento sea exigible en sede judicial. Se trata de una carga procesal que

[16] Acerca de qué características debe tener una vivienda para cumplir con el art. 11 (1) del PIDESC se puede consultar la Observación General 4 del Comité.

quien pretende ser beneficiario del subsidio, tiene el deber de demostrarlo dentro del marco normativo de acceso, sancionado por el Poder Legislativo —quien, como se dijo, es el órgano natural para reglamentar este derecho— o por los reglamentos generales complementarios, o que en ausencia de sustento legal, emita el Departamento Ejecutivo.

2.14. Establecido ello y, para quedar en condiciones de resolver los planteos formulados al Tribunal, corresponde comenzar por enmarcar los derechos y obligaciones contemplados en el art. 31 de la CCBA dentro del sistema de gobierno organizado por la Constitución de la Ciudad.

Quedó enunciado que todas las medidas contempladas en la cláusula constitucional bajo estudio deben tener rango legislativo. El legislador, depositario y expositor de la voluntad general, es a quien le corresponde reglamentar los derechos acordados por la Constitución y, sin alterar su espíritu, es él quien debe elegir la política así como los mecanismos para dar satisfacción, en este caso, a las necesidades de vivienda y hábitat adecuado. Asignar a los legisladores esa atribución responde a su origen representativo, en virtud del cual también son ellos quienes, votan los recursos, aprueban el presupuesto y autorizan los gastos, conocen las diversas necesidades a satisfacer por el Estado y resuelven el manejo de las prioridades en juego. El plan de gobierno surge de la labor parlamentaria en la que conviven, cada uno con competencias propias, tanto la rama legislativa como la ejecutiva (elaboración de proyectos, iniciativa para su tratamiento, sanción, promulgación o veto).

Además, a ésta última rama gubernativa le corresponde, por regla, ejecutar, dentro del margen que la ley le acuerde, las políticas públicas decididas por el legislador.

La nota común para estos poderes está dada, en la medida de sus competencias, por la responsabilidad en la elección y diseño de las políticas de gobierno destinadas, para lo que aquí importa, a lograr resolver "...progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos" (art. 31 de la CCBA). Al tener atribuida esa función en el diseño de distribución de las competencias prevista en la CCBA, también cuentan con las herramientas adecuadas para poder ejercer el mandato conferido. La visión global de las necesidades públicas, el modo de abordarlas, la determinación de los recursos disponibles y su aplicación eficiente, corresponden privativamente al ámbito legislativo y, en ese terreno, al Ejecutivo como colegislador.

En cambio, en ejercicio de sus propias competencias ni el Poder Ejecutivo (v. gr. art. 104, inc. 17, de la CCBA) ni el Poder Judicial (art. 106, CCBA) pueden asumir la adopción de las definiciones políticas, privativas del Legislador. Por regla, solamente en el ámbito legislativo puede establecerse el modo de afectar y asignar recursos, ya que es de su resorte competencial instituirlos y autorizar su gasto. Esa elección, en materia de vivienda debe observar las prioridades contempladas en el art. 31 de la CCBA así como aquellas otras que determine el legislador y resulten conciliables con las directivas de rango superior.

A su turno, es evidente que no corresponde al Poder Judicial seleccionar políticas públicas ni expedirse en torno a su idoneidad o conveniencia. Mucho más evidente surge la falta de medios inmediatamente disponibles para asumir tal tarea. Esos medios están ausentes de inmediato y en cuantía suficiente porque no atañe al Poder Judicial asumir la misión de elaborar un plan de gobierno, más allá del control constitucional a su cargo del obrar de los otros poderes. La carencia de representatividad de los órganos permanentes del Poder Judicial no es el único ni el principal motivo por el cual los jueces no están llamados a ejercer el rol de gobernar. En realidad, si los temas propuestos pudieran ser resueltos por los jueces por medio del control difuso los efectos de la cosa juzgada sobre prestaciones periódicas futuras y abarcativas de universos amplios de beneficiarios implicarían que las políticas de Estado dispuestas, en esta hipótesis por los jueces, adquirirían la estabilidad propia de ese instituto. Ello, claro, resulta incompatible con la mutabilidad que debe tener en nuestro sistema la selección de las políticas públicas de gran aliento e, incluso, de coyuntura, por ello depositada en el legislador. Dispuesta la afectación de recursos de futuro por los jueces, el compromiso quedaría cristalizado en el tiempo, al margen de la realidad presupuestaria y de la sucesiva prelación y selección de las erogaciones públicas que deben atenderse en cada presupuesto financiero anual, que en ese terreno el sistema democrático atribuye al órgano representativo.

Sin embargo, lo dicho no importa negar al Poder Judicial toda intervención en la materia que nos ocupa. Es que si bien en nuestro sistema los magistrados deben ser fieles al programa legislativo y al orden jurídico vigente, ante la ausencia de una regulación precisa por el legislador del derecho a la vivienda, dentro del marco de los decretos que ha venido sancionando el Poder Ejecutivo, pueden controlar si la asignación de los beneficios se ha realizado sin exclusiones, con total transparencia y sobre la base de las prioridades establecido por aquél. En relación con esto último resulta útil transcribir lo expresado por el legislador Di Filippo, como *amicus curiae*, en la audiencia celebrada (fs. 318), oportunidad en la que destacó que "[h]ay un abuso de subsidios también porque, más allá de que este planteo se vuelva restrictivo y acompañamos y ratificamos claramente la cuestión regresiva de la modificación del decreto, hay un abuso, por ejemplo, en lo que fue el caso del incendio de Lacarra 2090 en el barrio de Flores frente al Club Deportivo Español cuando en un asentamiento un incendio intencional motivó el desalojo del mismo y en ese momento cuando había 600 familias censadas se entregaron 1.200 subsidios habitacionales. Entonces me parece importante resaltar por un lado la restricción que se plantea en el marco normativo de la entrega de subsidios y por otro lado el abuso y la falta de control en la entrega de subsidios como lo muestra ese caso" (del registro audiovisual de la audiencia reservado en estas actuaciones, fs. 318).

En síntesis, en mi concepto, si bien los jueces no pueden soltar amarras de la ley sustituyendo el programa legislativo por uno propio, su ámbito de decisión, en los hechos, se ve ampliado en ausencia de una norma legal que establezca el alcance y contenido del derecho a la vivienda con radicación definitiva, el cual, aun a través de medidas paliativas y transitorias, como los subsidios, reviste ca-

rácter prestacional, generando obligaciones al Tesoro Público el que se nutre de recursos, por definición, escasos, lo que reclama la mayor prudencia al decretar nuevas erogaciones.

2.15. Precisamente, ahondando en las consideraciones vertidas en el punto anterior, se hace necesario tener en cuenta que la cláusula constitucional examinada (art. 31 de la CCBA), con un claro sentido reglamentario, suministra criterios que fijan el cauce dentro del cual deben actuar los poderes políticos al dictar las normas complementarias —tal como el contenido en el primer inciso que prioriza a las personas que padecen de una pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos—, directivas que al estar contenidas en el vértice del ordenamiento jurídico habilitan el pertinente ejercicio del control judicial, aun en los subsidios y ayudas temporarias que obran como paliativos ante el déficit habitacional que sufren los sectores sociales más postergados.

También está en juego, como principio más general que preside la consideración de estas medidas, la garantía de igualdad. La aplicación de las reglas de prioridad y la mencionada garantía de igualdad, todas de fuente constitucional, constituye la valla a la discrecionalidad y al favoritismo, en el que todos los poderes del Estado podemos incurrir cuando no observamos estas condicionantes. Dicho de otro modo, identificar y aplicar los criterios de distribución previstos en el derecho positivo permite al juez dirimir una controversia al tiempo que garantiza que lo hace según los parámetros y con la afectación de recursos prevista por la autoridad competente.

El examen de las medidas que el GCBA emite en cumplimiento del art. 31 de la CCBA puede ser pedido por quienes se encuentran dentro de los grupos postergados. Al remover cualquier eventual obstáculo puesto por una medida del GCBA al aprovechamiento de los beneficios o subsidios temporarios que instituya conforme las prioridades a que me vengo refiriendo, el juez no viene a disponer discrecionalmente de recursos cuya afectación incumbe exclusivamente al Poder Legislativo, sencillamente repone las prioridades según lo manda la CCBA. En ello, cada poder encuentra su límite dentro del juego constitucional.

2.16. Con carácter previo a ingresar al estudio del caso bajo las reglas enunciadas, corresponde señalar que el abordaje que el Gobierno ha dado al problema habitacional dista del programa que la CCBA le ha encomendado. Basta considerar que las normas que suscitan esta demanda, contenidas en el dec. 960/08, modificatorio del dec. 690/06, fueron emitidas por el Poder Ejecutivo en ejercicio de las facultades que le acuerdan los arts. 102 y 104, inc. 17 de la CCBA. Con lo dicho, no pretendo ignorar que el inc. 17, del art. 104 de la CCBA establece que el Jefe de Gobierno tiene la facultad de conceder "...subsidios dentro de las previsiones presupuestarias para el ejercicio". No se discute que el otorgamiento de subsidios debe ser instrumentado por medio de actos administrativos dirigidos a los destinatarios del beneficio. Ahora bien, ello no significa que esa competencia no deba ser ejercida en el marco de reglas preestablecidas de distribución de los recursos

afectados, en el caso, a la satisfacción del derecho del art. 31 de la CCBA; competencia, esta sí, típicamente legislativa, por importar la reglamentación de un derecho constitucional. En efecto, es al Poder Legislativo a quien le compete, a la luz de la distribución de competencias que realiza la CCBA, establecer las pautas en base a las cuales el Poder Ejecutivo debe hacer uso de las facultades que tal Estatuto le acuerda (hasta aquí, con las adecuaciones que he estimado pertinentes, he seguido las ideas, la redacción y el orden expositivo del voto de mis colegas, los señores jueces Conde y Lozano en la ya apuntada causa "Alba Quintana").

La ausencia de estas disposiciones, reglamentando el derecho previsto en el art. 31 de la CCBA a nivel legal, puede dar lugar al favoritismo mencionado más arriba, como así también a que un poder que no tiene a su cargo la competencia constitucional de autorizar los gastos y fijar su destino anualmente mediante la sanción del presupuesto oriente las erogaciones, dentro del margen de los programas presupuestarios genéricos aprobados por la Legislatura, a su solo arbitrio, lo que alteraría los roles esenciales que en materia financiera se asignan, equilibradamente, a los distintos departamentos en los regímenes republicanos. A partir de esta circunstancia, queda justificado un control y escrutinio más estricto por parte de la magistratura judicial sobre la aplicación que de los apuntados regímenes realice el Departamento Ejecutivo y si contempla las pautas y prioridades contenidas en el art. 31 de la CCBA sin que, por esta sola circunstancia, pueda entenderse facultada para otorgar mayores y distintos beneficios en forma irrestricta, susceptibles de superar los montos o la extensión temporal de los fijados con alcance general por el Jefe de Gobierno o sus subordinados. Ello así, en tanto no existe un derecho constitucional en abstracto a los subsidios, por apuntar el art. 31 de la CCBA a la radicación en viviendas definitivas y, al mismo tiempo, por conformar las ayudas un derecho asistencial de rango infraconstitucional —con respaldo en el programa presupuestario aprobado por la Legislatura y reglamentado por el Ejecutivo—, que brindan tan sólo un paliativo transitorio y destinado a mitigar la urgente necesidad habitacional de los grupos más postergados que se encuentren a la espera de la instrumentación progresiva del derecho de acceso a la vivienda con radicación definitiva. Como resultado de las puntualizaciones anteriores, entiendo que la revisión judicial, a través del control difuso por todos los jueces, respecto de la no concesión de ayudas o subsidios temporales podrá practicarse, en el más de los casos, a partir de exclusiones indebidas que afecten la igualdad, o ante regulaciones que contravengan las directivas de la Constitución o los principios informadores de los tratados internacionales sobre derechos humanos. De todos modos, más allá del control que en la aplicación por el Poder Ejecutivo realice la magistratura judicial del otorgamiento concreto de los subsidios y ayudas habitacionales, queda por véase si la regulación infraconstitucional instituida por el dec. 960/08, y las respuestas que brinda, soportan las impugnaciones que ha articulado en la presente acción declarativa la señora asesora general tutelar al incitar a este estrado para que ejercite el control de constitucionalidad concentrado, que le asigna el art. 113, inc. 2º de la CCBA, esto es, si se concilian con la Carta Magna de los porteños y

con la exigencia de progresividad que surge de los tratados internacionales sobre derechos humanos referidos al acceso a la vivienda.

2.17. Por mi parte, ya he tenido ocasión de advertir que, en mi opinión, el desafío que para los jueces plantea el tema de la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales —consagrados a nivel local en el título segundo: "Políticas Especiales" del libro primero de la CCBA— es, tal vez, una de las cuestiones más relevantes y delicadas de nuestro tiempo.

Es que la afirmación vertida hace ya más de un siglo y medio por Juan Bautista Alberdi, en cuanto a que "no puede haber Gobierno gratis" y que "según esto, el Tesoro y el Gobierno son dos hechos correlativos que se suponen mutuamente" (conf. *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*, tercera parte, cap. III, parág. I, confrontar en cualquiera de sus ediciones, a partir de la primigenia de Imprenta y Librería Del Mercurio de Santos Tornero y Ca., Valparaíso, 1854), cobra aún mayor significación frente a los *derechos humanos de contenido social*, generalmente calificados en sus aspectos más visibles como *derechos prestacionales*, en los cuales *se activa la función ingresos-gastos públicos*, por lo cual los gerenciadores del bien común deben administrar, con especial prudencia, recursos escasos y de incremento inelástico.

La tensión entre recursos financieros escasos y necesidades casi infinitas quedan confirmados por la Encuesta Anual de Hogares (EAH) realizada por la Dirección General de Estadística y Censos del Ministerio de Hacienda de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para el año 2008, la que denota que en nuestra jurisdicción un 4,5 % de la población vive en villas y el 4,9 % en inquilinatos, casas tomadas, hoteles y pensiones. Los hogares en villas tienen un promedio de ocupación de 5,3 personas, mientras que en el resto de las viviendas habitan en promedio 2,5 personas. La mayoría de las villas se concentran en la zona sur de la Ciudad, mientras que los inquilinatos, hoteles, pensiones y las casas tomadas aparecen con mayor frecuencia en el este y centro del distrito. Por otro lado, casi el 40 % de la población no es oriunda de esta jurisdicción política, siendo significativo el peso y la relevancia de la inmigración hacia la Ciudad de Buenos Aires sobre todo de jóvenes entre 20 y 30 años. El segmento de no nativos porteños es del 38,4 %, en contraposición con el 61,6 % de nacidos en la Ciudad. El número más prominente de los no nativos lo componen la gente del interior del país 14,5 %, seguida por los bonaerenses 12,7 % y los nacidos en el exterior 11,2 % de los cuales a los países limítrofes y a Perú corresponde el 7,2 % (conf. *http://estatico.buenosaires.gov.ar/areas/hacienda/sis_estadistico/eah_2008_demografia_y_educacion.pdfbuenosaires.gov.ar*).

Vale también traer como regla básica de interpretación a la hora de encarar estas cuestiones aquella resaltada —no hace mucho tiempo— por la Corte Suprema de Justicia de la Nación: "(L)a función del derecho, en general, es la de realizarse; lo que no es realizable nunca podrá ser derecho" (*in re:* "Emilio García Méndez y otra", sentencia del 2/12/2008, *Fallos*, 331:2691), que recoge las enseñanzas del jurista alemán Rudolph von Ihering en su obra: *El espíritu del derecho romano*, t. I, p. 65, Beilly-Ballière, Madrid, sin fecha.

2.18. El conflicto normativo que se presenta en esta acción declarativa de inconstitucionalidad remite al tema de la exigibilidad, justamente, de uno de los llamados "derechos sociales" y, entonces, las preguntas más obvias que pueden formularse como punto de partida son: ¿Hasta dónde está obligado a hacer el Estado a partir del reconocimiento constitucional del "derecho a una vivienda digna"? ¿Hasta dónde llega el deber de contribuir con las cargas públicas de los más acomodados para, en términos de solidaridad, satisfacer las afligentes urgencias de quienes viven en la marginación? ¿Cuál es el rol que le cabe desempeñar al Poder Judicial sobre el particular? ¿Quién define si un Estado ha realizado o no todo lo posible para proveer a sus habitantes al menos un nivel esencial que permita el goce de este derecho en la medida de los recursos disponibles? ¿A partir de qué parámetros se arriba a esa definición?

Las dificultades para abordar este tipo de interrogantes surgen desde el momento en que se comprende que para ello se debe intentar definir los deberes de las autoridades públicas a partir de disposiciones constitucionales o legales que, muchas veces, los instituyen como objetivos de alcance progresivo y en términos generales o laxos.

Como es lógico, tampoco debe pasarse por alto que, a tenor del principio de relatividad, todos los derechos de rango constitucional lo son con el alcance y extensión que les asignen "las leyes que reglamenten su ejercicio" (art. 14, C.N.), más allá de que dicha legislación requiera satisfacer la regla de la "razonabilidad" (art. 28, C.N.).

La respuesta entonces no es sencilla. Entran en juego temas importantes, algunos antiguos —la división de poderes, el derecho a la igualdad de los ciudadanos frente a la ley—, otros, si se quiere, un poco mas novedosos —el control judicial de la inactividad material del Estado y, a continuación, la posibilidad de establecer su responsabilidad por omisión—. El asunto no se agota allí, pero la enunciación se formula a simple título ilustrativo.

En la Ciudad, como se dijo, según el art. 10 de la CCBA, "(r)igen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen... Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos" (*in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Panza, Ángel R. c/GCBA s/amparo'", expte. n° 4270/05, sentencia del 23/5/2006).

Cabe enfatizar nuevamente entonces que, a partir del sistema de frenos y contrapesos que propone el Estado de derecho, es en el ámbito legislativo —por su origen representativo— donde debe establecerse el modo de aplicar y distribuir los recursos públicos.

Como se expresó anteriormente, el Poder Judicial no está llamado a llevar adelante tales cometidos. De no ser así, los poderes Legislativo y Ejecutivo verían afectada su actuación a la hora de diseñar y aplicar las políticas públicas, tareas que la Constitución pone a su exclusivo cargo. También corresponde dejar en claro

que el respeto al principio cardinal de división de poderes impide, por regla, al Poder Judicial ingresar en la valoración de la oportunidad, mérito o conveniencia de las medidas efectivamente adoptadas por el Gobierno en materia de vivienda y, mucho menos, en la evaluación de todo el abanico de políticas que de manera legítima se podrían instrumentar para satisfacer las prioritarias necesidades de la población en este aspecto, por cuanto la cláusula constitucional contempla la obligación progresiva de las autoridades públicas de dar satisfacción al derecho a la vivienda mediante radicaciones definitivas, acción diferente a la de otorgar subsidios temporarios y paliativos.

Sin embargo, cabe aclarar que considero que, en determinadas circunstancias, la acción de amparo judicial puede llegar a resultar una vía idónea para plantear la inconstitucionalidad de graves omisiones presupuestarias que impidan atender las urgentes demandas de los vecinos relacionadas con derechos humanos básicos, reconocidos y merecedores de tutela según la Constitución. Por lo demás, la accionante no ha formulado agravios respecto a una omisión presupuestaria en concreto o comparativamente con la asignación de recursos a otros fines o funciones estatales como la salud, la educación, etc. La afirmación precedente se nutre en los conceptos basales establecidos hace más de un siglo por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de control de constitucionalidad en el Estado de derecho, cuando se destacó: "Que es elemental en nuestra organización constitucional la atribución que tienen y el deber en que se hallan los Tribunales de Justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con esta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos" (*in re* "La Municipalidad de la Capital contra doña Isabel A. de Elortondo, sobre expropiación; por inconstitucionalidad de la ley de 31 de octubre de 1884", sentencia del 14/4/1888, *Fallos*, 33:162).

Ello no importa sustituir por los jueces la función de gobierno propia de los poderes políticos. Aunque en tales condiciones, es menester la más acabada prudencia al ponderar la función gasto-ingreso público, tomando en cuenta el impacto presupuestario de los "derechos de prestación" y, en particular, el de habitar una vivienda digna, por lo cual toda decisión que se adopte en tal materia debe encontrarse respaldada por fundamentos evidentes, al tiempo de precisar en términos concretos el alcance de la condena. No basta por tanto limitarse a señalar la falta de política legislativa sobre una determinada materia, ya que incumbe al justiciable, y más aún a los magistrados, señalar el palmario vicio constitucional en el caso concreto y la forma de corregirlo en la causa —conf. mi voto *in re:* "Toloza, Estela Carmen c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 4568/06, sentencia del 9/8/2006.

2.19. Por otro lado, si bien el derecho a la vivienda no se puede identificar de manera lineal con el derecho de propiedad, entiendo que, de todos modos, debe partirse de una visión acerca de su reconocimiento en el art. 31 de la CCBA que desde mi punto de vista remite a algo más que a la necesidad de vivir bajo un techo.

Como explicación sucinta de los expuesto, me permito simplemente hacer propias las palabras de S.S. Juan Pablo II contenidas en la carta que, con fecha 8 de diciembre de 1987, remitiera al Presidente de la Pontificia Comisión *Iustitia et Pax* —con ocasión del Año Internacional de la Vivienda para las Personas sin Hogar establecido por las Naciones Unidas en el año 1987—: "Porque en una realidad donde emergen nuevas formas de pobreza, aquellos que no tienen casa constituyen una categoría de pobres todavía más pobres, que nosotros debemos ayudar, convencidos como lo estamos, de que una casa es mucho más que un simple techo, y que allí donde el hombre realiza y vive su propia vida, construye también, de alguna manera, su identidad más profunda y sus relaciones con los otros".

Es así que el derecho a la vivienda en el contexto normativo que también propone el Estado social de derecho se vincula de manera estrecha con el goce de otros derechos fundamentales (alimentación, salud, vestido, educación, trabajo, protección integral de la familia, etc.), cuyo ejercicio, en definitiva, define si una persona se encuentra en condiciones de optar libremente por un propio plan de vida a partir del respeto del principio de autonomía personal.

Sería imposible abordar en esta ocasión todos los aspectos que hacen a la evolución del concepto y contenido del *derecho de propiedad*, ya que, como afirma Pedro Sagüés, "en torno a ellos gira la gran disputa ideológica de los siglos XIX y XX" (conf. *Elementos de derecho constitucional*, t. 2, pp. 593 y ss., Astrea, Buenos Aires, 1999).

De todos modos, creo atinado recordar en este sentido —tal como lo hiciera en un trabajo del que soy autor titulado: "El deber de contribuir como presupuesto para la existencia misma del Estado (Notas preliminares en torno de la justicia tributaria)" [conf. obra colectiva en Homenaje al 50º Aniversario del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, coordinada por César García Novoa y Catalina Hoyos Jiménez: *El tributo y su aplicación: perspectivas para el siglo XXI*, t. I, pp. 227 y ss., Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008]— las reflexiones del jurista argentino, prematuramente fallecido, Carlos Santiago Nino, quien, en una Comunicación a unas Jornadas Tributarias, se refirió a los puntos de contacto y a las tensiones entre el derecho de propiedad y las contribuciones impositivas.[17]

[17] Nino, Carlos Santiago: "La justificación ética de la contribución impositiva", papeles de trabajo de la Comisión nº 3, a cargo del tema: "Ética y Tributación", de las XX Jornadas Tributarias, organizadas por el Colegio de Graduados en Ciencias Económicas de la Capital Federal y que se celebraran en la Ciudad de Mar del Plata en 1990. El ensayo puede consultarse en la biblioteca de la entidad profesional referida.

Para Nino, varias son las teorías desarrolladas para dar fundamento al derecho de propiedad. Pasó, así, revista de ellas e hizo mérito a la de la primera ocupación, a la de la adquisición a través del trabajo, a la utilitarista, a la de la autorrealización y a aquella que asocia la propiedad con la libertad política. Sostuvo, seguidamente, que la propiedad privada es moralmente justificable bajo ciertas condiciones. Ella puede traducirse en una mayor eficiencia económica y maximización de la producción, sin perjuicio de lo cual puso el énfasis en la relación intrínseca que hay entre el desarrollo de la autonomía de las personas y la necesidad de controlar individualmente ciertos recursos económicos, principalmente los bienes de uso personal, ya que sin tal control sería imposible la elección y materialización de planes de vida en términos de libre albedrío, por cuanto la capacidad de elegir no depende solamente de condiciones psicológicas y físicas sino, también, de la disponibilidad de recursos materiales que permitan ejercitar las preferencias de los individuos en el mundo exterior. Es que los recursos económicos son necesarios para desarrollar la actividad intelectual en la que consiste la elección de planes de vida y, más aún, para concretarlos. Agregó el autor que la privación del acceso a esos recursos difiere sólo en matices de la acción de impedir el desarrollo de las condiciones mentales y físicas de un individuo. En las circunstancias expuestas, se advierte que es menester reconocer un derecho general a la propiedad dado que la autonomía de los individuos debe ser distribuida entre todos ellos, con lo cual, como corolario, toda persona tiene derecho a acceder efectivamente a la propiedad individual y no solamente a tener una oportunidad a tal acceso, que sólo se concretaría en ciertas condiciones que el individuo no controla. Admitidas tales premisas, concluyó que: "Una democracia de propietarios —como suele llamarse a un sistema de propiedad equitativamente distribuida— requiere generalizar las condiciones de acceso a esa propiedad y la mejor forma de proveer tales condiciones de modo que sea compatible con la libertad individual es a través de un sistema de impuestos progresivos". Ello así, en tanto corregir las desviaciones desigualitarias que produce el mercado puede alcanzarse, incluso, mediante el procedimiento redistributivo menos perturbador, tal como lo es un sistema impositivo que grave las manifestaciones más conspicuas de la capacidad económica como son las ganancias, los patrimonios o a las transmisiones sucesorias, con lo cual se favorecerá la difusión y se desalentará la concentración de la riqueza (conf. ob. cit. en nota 4).

Luego, en el trabajo de mi autoría, ya citado, sostuve: "Coincidimos con las ideas vertidas por el destacado jurista por cuanto, en nuestro concepto, la propiedad privada, más allá de que pueda tener diversidad de origen, responde a un requerimiento de la naturaleza humana, esto es, tiende a procurar seguridad y libertad al propietario y a facilitar la multiplicación de los bienes materiales de la sociedad, sin perjuicio de que su uso debe cumplir una función social y el Estado, además de respetarla y hacerla respetar, debe tender a su difusión facilitando su acceso al mayor número de habitantes, a lo cual coadyuva, sin duda alguna, un sistema impositivo y un gasto público que permitan extender hacia todas las clases sociales el ejercicio de este derecho (...).// A tal orientación ha adscripto la Reforma Constitucional de

1994 al caracterizar el derecho de propiedad y su uso y disposición —regulado por el art. 14 de la ley suprema en favor de todos los habitantes de la Nación conforme las leyes que reglamenten su ejercicio[18]— y luego al resguardarlo con una verdadera ciudadela defensiva, resultante de los minuciosos enunciados desarrollados en el art. 17 que lo declara inviolable, en tanto debe concebirse en sintonía con la atribución del Congreso —prevista en el art. 75, inc. 23—, que asigna a dicho Poder del Estado el cometido de legislar y promover acciones positivas orientadas a elevar a los sectores más postergados de la población posibilitando el ejercicio pleno de sus derechos (dentro de los cuales se encuentra, a no dudarlo, el derecho natural de todos a acceder a la propiedad), regulación que, sistémicamente con otras, apunta a la consolidación de un Estado social de derecho" (conf. "El deber de contribuir como presupuesto para la existencia misma del Estado", cit.).

El subsistema de nuestra Carta Magna federal, según la Reforma de 1994, se conjuga con diversos incisos de su art. *75.* Así, cobra relevancia que en el inc. 2º, tercer párrafo *in fine,* se establezca respecto a la distribución de la coparticipación tributaria que la misma "se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas —se refiere a la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires— contemplando criterios objetivos de reparto; será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional" (estándares a los que no es indiferente la difusión de la propiedad). A su vez, por el inc. 8º, se determina que "el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la Administración Nacional (se fijará anualmente), conforme a las pautas establecidas en el tercer párrafo del inc. 2º de este artículo" —ya trascripto—, "...en base al programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas...". Por su parte, el inc. 19, conocido como *Cláusula del Progreso con Justicia Social,* introduce el primer párrafo remarcando como competencia legislativa: "Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social"(donde no puede estar ausente una equitativa distribución de los bienes)..., para añadir en el segundo: "Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Para estas iniciativas, el Senado será Cámara de origen". Finalmente, por el inc. 23 se determina que corresponde al Congreso: "Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con

[18] Derechos que no pueden ser desconocidos en su sustancia so pretexto de reglamentación, por cuanto por el art. 28 de nuestra Carta Magna se deja establecido: "Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio".

discapacidad". Se trata, en este último aspecto de la adopción de *medidas de acción positiva* (*affirmative actions*), también denominadas de "discriminación inversa o benigna" (*reverse or bening discrimination*), las que han sido materia de amplio tratamiento en la doctrina comparada, utilizándose en los más diversos ámbitos —v. gr. representación política con mínimos tasados a favor de la mujer para la integración de los órganos colegiados— excediendo su utilización, en mucho, el campo de la función ingresos-gastos públicos fiscal.

Tal línea de pensamiento se encuentra plenamente abastecida por los principios informadores de la Doctrina Social de la Iglesia, pudiendo consultarse en particular la encíclica *Mater et Magistra*, dada por S.S. Juan XXIII en Roma el 15 de mayo de 1961. En ella puede leerse: "*113.* No basta... afirmar que el hombre tiene un derecho natural a la propiedad privada, de los bienes, incluidos los de producción, si, al mismo tiempo, no se procura, con toda energía, que se extienda a todas las clases sociales el ejercicio de este derecho.../// 115. Hoy, más que nunca, hay que defender la necesidad de difundir la propiedad privada... realizar una política económica y social, que facilite y amplíe lo más posible el acceso a la propiedad privada de los siguientes bienes: bienes de consumo duradero; *vivienda*; pequeña propiedad agraria; utillaje necesario para la empresa artesana y para la empresa agrícola familiar; acciones de empresas grandes o medianas; todo lo cual se está ya practicando con pleno éxito en algunas naciones, económicamente desarrolladas y socialmente avanzadas.// *119.* ...En realidad, dentro del plan de Dios Creador, todos los bienes de la Tierra están destinados, en primer lugar, al decoroso sustento de todos los hombres". En consonancia con lo precedentemente destacado, S.S. Juan Pablo II, en la Encíclica *Centesimus Annus*, dada en Roma el 1º de mayo de 1991, capítulo IV: "La propiedad privada y el destino universal de los bienes", pto. 30, repasó las conclusiones del *Concilio Vaticano II*, recogiendo textualmente sus palabras: "'El hombre, usando estos bienes, no debe considerar las cosas exteriores que legítimamente posee como exclusivamente suyas, sino también como comunes, en el sentido de que no le aprovechen a él solamente, sino también a los demás'. Y un poco más adelante: 'La propiedad privada o un cierto dominio sobre los bienes externos aseguran a cada cual una zona absolutamente necesaria de autonomía personal y familiar y deben ser considerados como una ampliación de la libertad humana... La propiedad privada, por su misma naturaleza, tiene también una índole social, cuyo fundamento reside en el destino común de los bienes' (Const. Past. *Gadium et Spes*, sobre la Iglesia en el mundo actual, ptos. 69, 71)". Seguidamente, en el pto. 31, consigna: "El origen primigenio de todo lo que es un bien es el acto mismo de Dios, que ha creado al mundo y al hombre y que ha dado a éste la Tierra para que la domine con su trabajo y goce de sus frutos (conf. Gén. 1, 28-29). Dios ha dado la tierra a todo el género humano para que ella sustente a todos sus habitantes, sin excluir a nadie ni privilegiar a ninguno. He ahí, pues, la raíz primera del destino universal de los bienes de la tierra. Esta, por su misma fecundidad y capacidad de satisfacer las necesidades del hombre, es el primer don de Dios para el sustento de la vida humana. Ahora bien: la tierra no da sus frutos sin una peculiar respuesta

del hombre al don de Dios, es decir, sin el trabajo. Es mediante el trabajo como el hombre, usando su inteligencia y su libertad, logra dominarla y hace de ella su digna morada. De este modo se apropia una parte de la tierra, la que ha conquistado con su trabajo; he ahí el origen de la propiedad individual. Obviamente le incumbe también la responsabilidad de no impedir que otros hombres obtengan su parte del don de Dios; es más, debe cooperar con ellos para dominar juntos toda la tierra" (conf. *Once Grandes Mensajes*, 15ª ed., Encíclica *Mater et Magistra*, segunda parte: "Puntualización y desarrollo de las enseñanzas sociales de los pontífices anteriores", parágrafo: "La difusión de la propiedad privada es necesaria", ptos. 113 y 115 y parágrafo: "Propiedad pública", punto 119, pp. 160 y ss., y Encíclica *Centesimus Annus*, cap. IV: "La propiedad privada y el destino universal de los bienes", pp. 782 y 783, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1993).

En sintonía con la orientación de los postulados que he venido desarrollando, corresponde remarcar lo consagrado por la Declaración Americana de Deberes y Derechos del Hombre, aprobada en Bogotá en 1948 y elevada a rango constitucional por la Reforma de 1994, en donde el derecho de propiedad alcanza la dimensión de *derecho a la propiedad privada*. En tal sentido, en el capítulo I: "Derechos", se predica: art. XXIII – "Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar".

A modo de cierre, también en el trabajo de mi autoría y que ya he citado, recordé que la situación de desamparo y vulnerabilidad del hombre sin propiedad, se encontraba magníficamente descripta en un párrafo de George Bernard Shaw, en el cual puntualizara: "Cuando el área ocupada ha llegado al último límite y sólo queda una franja de arena entre los surcos y las olas, cuando hasta la tierra cubierta a veces por las olas es cultivada por los pescadores, el monte y el pasto ascienden hasta la alta línea de las nieves perpetuas; en un palabra, cuando toda la tierra utilizada es ya de propiedad particular, aparece un hombre que ambula desde la cumbre a los llanos sin encontrar un sitio libre en que sentar el pie. Ese hombre, mientras va por los caminos es un vagabundo; fuera de ellos, un intruso, y en la economía nacional es un proletario. Ese hombre está condenado a pena capital si no se vende a sí mismo".[19] Agregué entonces que, en su desesperación, ese hombre, en muchos casos, efectivamente se terminó vendiendo ante las quimeras que ofrecieron ideologías totalitarias fracasadas durante el siglo XX, como el comunismo y el fascismo, o ante el espejismo de bonanza que subyacía en un culto pagano al mercado, en paralelo a un modelo de Estado abstencionista y desertor, que solamente sirvió para hacer más pobres a los pobres y más ricos a los ricos y en el cual nunca se produjo

[19] SHAW, George Bernard: *The basis of socialism: Economic*, en obra colectiva: *Essays in fabian socialism*, edición del autor, Londres, 1889. También puede consultarse la edición en español de *Ensayos fabianos. Escritos sobre el socialismo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de España, Madrid, 1985.

el preanunciado derrame de la riqueza generada por el crecimiento económico, a favor de los menos favorecidos" (conf. "El deber de contribuir como presupuesto para la existencia misma del Estado", ob. cit.).

En este sentido, y dicho todo ello *obiter dicta*, en razón de ser los poderes políticos a quienes corresponde la elección de las fuentes que generen el *máximo de los recursos disponibles* para *atender el derecho a una vivienda digna*, y no a los integrantes de un tribunal judicial, quizás, como lo proponen algunos autores desde el campo de la doctrina, podrá desde ese ámbito explorarse diversas vías para lograr un adecuado financiamiento de los derechos de prestación a cargo del Estado, que abarcan también la atención de otros muchos derechos, como los relativos a la alimentación, la salud o la educación, sobre la base *del deber de solidaridad*, de quienes más tenemos a favor de aquellos que integran los sectores más vulnerables de la sociedad. Así, en tal orden de ideas se han sugerido, entre otras medidas: *i)* reinstaurar el Impuesto Sucesorio, a la Herencia o a la Transmisión Gratuita de Bienes, recurso habilitado a los Estados subnacionales por la actual Ley de Coparticipación 23.548, mediante la previsión contenida en su art. 9º, inc. b), que dispensa de la incompatibilidad por analogía con los impuestos nacionales sujetos a distribución al apuntado tributo, siguiendo el camino inaugurado por la Provincia de Buenos Aires a partir del 1º/1/2010, tal cual lo he propiciado desde antiguo (conf. "La reimplantación del impuesto a la transmisión gratuita de bienes", en *Lecciones y Ensayos. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires*, nº 64/65, pp. 197 a 253, Abeledo-Perrot, 1996); *ii)* el establecimiento de un impuesto adicional de la contribución territorial —o más propiamente impuesto inmobiliario— aplicable a los inmuebles destinados a casa-habitación y que se encuentren desocupados, incentivando, de tal modo, la oferta locativa y la correlativa reducción de los alquileres; *iii)* la adecuación de las valuaciones fiscales de los inmuebles, a través de un método justo, transparente y uniforme, que apunte al valor de mercado y que recepte la efectiva capacidad contributiva de los obligados al pago, evitando que se peque por exceso pero, fundamentalmente, que se lo haga por defecto —como ocurre de modo corriente en nuestra jurisdicción política—, lo que asegurará un sensible incremento de la recaudación tributaria; *iv)* la acentuación de la progresividad de la tarifa aplicable a la contribución territorial sobre viviendas para acentuar la carga sobre aquellas de lujo —calificables como tales por los materiales utilizados, las instalaciones complementarias, los servicios que brindan o la significación de sus superficies—; *v)* la reformulación del beneficio previsto en el Impuesto de Sellos respecto de las transferencias de dominio y los contratos de compraventa que tengan por objeto una vivienda única, familiar y de ocupación permanente y que constituyan la única propiedad en cabeza de cada uno de los adquirentes, transformándolo de mínimo no imponible a mínimo exento, para que, de superarse la cota, deba afrontarse el gravamen sobre el total de la base imponible; etcétera.

Las ideas que a modo de sugerencia se volcaron en el párrafo precedente, bien pueden aspirar a concretar un sistema tributario más equitativo, inspirado en

criterios de progresividad, en el cual la selección de los gravámenes, la determinación de las bases imponibles, las tarifas y los mecanismos liquidatorios, no atiendan a pautas exclusivamente técnicas o de eficiencia recaudatoria, sino de equilibrada distribución de la carga entre el colectivo de contribuyentes, tal cual lo propusiera en su hora en Italia Luigi Vittorio Berliri en las páginas del libro: *El impuesto justo. Apuntes sobre un sistema jurídico de la contribución pública. Esbozo de una reforma orgánica de la hacienda ordinaria* (conf. la traducción al español de la reimpresión inalterada, en 1975, de la primera edición de 1945, editada por el Instituto de Estudios Fiscales, en Madrid, en 1986), en términos de refutación a las afirmaciones vertidas por Luigi Einaudi, en su obra: *Mitos y paradojas de la justicia tributaria* (conf. traducción al español a partir de la 3ª ed. italiana, Ariel, Barcelona, 1963), por cuanto no podemos rehuir del compromiso, sentado en la Constitución Nacional de 1853, cuando, en su art. 4º, al enunciarse los recursos que integran el Tesoro Nacional con los que se provee a los gastos de la Nación, reclama de las *contribuciones*—entendiéndose por tales, en el lenguaje constitucional, a los tributos— que éstas sean *equitativas.*[20]

[20] Conforme el Profesor Titular Consulto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Arístides H. M. Corti, el Estado debería operar, al accionar la función ingresos-gastos públicos, como un moderno Robin Hood (personaje legendario —de cuya existencia algunos dudan— que se sitúa en Inglaterra a fines del siglo XIV y principios del XV, que robaba a gobernantes y eclesiásticos acomodados para entregar parte del botín a necesitados, menesterosos y oprimidos), recaudando tributos de los ricos en función de su aptitud económica y extendiendo su compromiso con el gasto social en favor de las personas indigentes o por debajo de la línea de pobreza. El apuntado catedrático, con un marcado sentido crítico, define a la acción gubernativa en la Argentina —consolidando todos los planos de gobierno, esto es: el nacional, provincial y municipal— como a la propia de un "Hood Robin", que saca recursos de los pobres a través de la imposición genérica o específica a los consumos —nacional: impuesto al valor agregado, impuestos internos, impuesto a los combustibles líquidos derivados del petróleo y gas natural comprimido para automotores, y local: impuesto sobre los ingresos brutos y tasa de inspección, seguridad e higiene, en este último caso cuando no existe prestación del servicio o razonable equivalencia entre el total recaudado y los costes, también totales, de su prestación—, para instituir beneficios fiscales y desgravaciones, fundamentalmente en el impuesto a las ganancias, en favor de los ricos. En igual enfoque se ubica el pensador alemán Ferdinand Lassalle (1825-1864), para quien los impuestos indirectos sirven a la clase poseedora para readquirir en la realidad, en la época del predominio del capital mobiliario, la exención tributaria que sólo *formalmente ha terminado y legalmente está abolida*, y esto se debe a la influencia que la burguesía ha ejercido en la legislación del Estado" (conf. *Programa de los trabajadores* —1863—, citado por Francisco Nitti en *Principio de la Ciencia de las Finanzas*, obra traducida por Salvador Oría, p. 322, Talleres Gráficos Argentinos de L. J. Rosso, Buenos Aires, 1931), reviviendo, de tal modo, el estado de cosas imperante en el pasado durante la vigencia en *l'ancien règime*. Tal afirmación queda plenamente graficada en el cálculo de recursos del Presupuesto General de la Ciudad, sancionado por la ley 3395 para el Ejercicio 2010, en el cual además de la primacía que ejercen los ingresos tributarios sobre el total de los recursos, el impuesto sobre los ingresos brutos representa sobre el total de los gravámenes estimados de la jurisdicción el 67,5 %.

Con los enunciados antecedentes, están descriptos algunos de los cometidos que, indudablemente, podrá abordar la Comisión para la Reforma Tributaria de la Ciudad de Buenos Aires, creada con la sanción de la ley 3.400, de diciembre de 2009, a la cual se ha encomendado elaborar una propuesta para los nuevos códigos Tributario y Fiscal, la que, a tenor de su art. 4º, atenderá tareas como la actualización de la información catastral de la Agencia Gubernamental de Ingresos Públicos, el criterio de valuación global de los inmuebles ponderando el precio de mercado, las actualizaciones anuales de tales valores, la asignación de partidas dentro del régimen de propiedad horizontal, el mecanismo recursivo de las nuevas valuaciones que se establezcan, etcétera.

2.20. Muchas y variadas han sido las medidas que las autoridades del Estado han adoptado en nuestro país a través del tiempo para intentar conjurar los problemas habitacionales de la población. Ellas, según las épocas, han apuntado a la inversión de fondos públicos para encarar la construcción de viviendas (v. gr. ley 9677 del año 1915 que creó la Comisión Nacional de Casas Baratas) o bien a facilitar el acceso al crédito que posibilitara a los particulares adquirir la casa propia (v. gr. dec. 14.961/46, aprobado por ley 12.962, que modificó la Carta Orgánica del Banco Hipotecario Nacional). A su vez, mediante la ley 19.929, del año 1972 se creó el Fondo Nacional de la Vivienda cuyos recursos estuvieron orientados a financiar total o parcialmente la construcción de viviendas individuales o colectivas, la adquisición de los terrenos correspondientes, las obras de urbanización, infraestructura, equipamiento social y otras complementarias, así como el redescuento de créditos hipotecarios concertados a dichos fines, en todos los casos de viviendas económicas de interés social. Posteriormente, y a través de distintas disposiciones, se crearon los institutos provinciales de la vivienda (ley 21.581), se fijaron las responsabilidades de los organismos ejecutores de cada jurisdicción provincial (ley 24.130), se articuló el Sistema Nacional de Viviendas y el control a través del Consejo Nacional de la Vivienda (ley 24.467) y se ratificó un acuerdo Nación-provincias sobre relación financiera y bases de un régimen de coparticipación federal de impuestos, celebrado entre el Estado nacional, los Estados provinciales y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el 27 de febrero de 2002 (ley 25.570). También en determinado momento se ha llegado a establecer la *limitación transitoria del precio de las locaciones* (art. 1º, ley 11.157, cuya constitucionalidad fuera tratada por la CSJN en los conocidos precedentes: "Don Agustín Ercolano c/doña Julieta Lantieri de Renshaw sobre consignación", sentencia del 28/4/1922, *Fallos*, 136:161, y "Don José Horta c/don Ernesto Harguindeguy, sobre consignación de alquileres", pronunciamiento del 21 de agosto del mismo año, *Fallos*, 137:47), o la prórroga de las mismas (p. ej.: ley 11.318 valorada por la Corte en la causa: "Don Leonardo Mango c/Don Ernesto Traba, sobre desalojo", sentencia del 26 de agosto de 1925, *Fallos*, 144:219. También el Alto Tribunal ha debido expedirse acerca de la validez de disposiciones legales que, en el marco de una situación de emergencia, suspendían transitoriamente los juicios de desalojo

y los lanzamientos (ley 14.442, examinada en el precedente "Ángel Russo y otra c/E. C. de Delle Donne", sentencia del 15/5/1959, *Fallos,* 243:467).

El problema del déficit habitacional, como se ve, dista de ser novedoso en nuestro país, aunque el bloque normativo que establece las obligaciones del Estado —*lato sensu*— frente a él haya experimentado modificaciones (v. gr. inclusión del art. 14 bis en la C.N. a partir del año 1957, norma que en realidad toma preceptos ya reconocidos a nivel constitucional por la Reforma del año 1949 y recepción de los diversos tratados internacionales sobre derechos humanos consignados en el art. 75, inc. 22 de la Carta Magna a partir del año 1994).

A ello se suma en la actualidad el Programa Federal de Emergencia Habitacional orientado a solucionar la emergencia habitacional y laboral, organizando los beneficiarios de los planes Jefes y Jefas de Hogar en cooperativas de trabajo para la construcción de viviendas, tratando de solucionar, conjunta y simultáneamente, los problemas que suscita el déficit de vivienda y la situación de paro.

Por su parte, la Legislatura local, a través del dictado de la ley 1408 (sancionada el 29 de julio de 2004), declaró en estado de *emergencia habitacional a la Ciudad de Buenos Aires* por un plazo de tres años, luego prorrogado por tres años más con la sanción de la ley 2472 (del 18/10/2007). Mediante la citada ley 1408 (art. 2º) y la respectiva modificación introducida por la ley 2973 (sancionada el 4/12/2008), se estableció:

"A los efectos de la presente ley, se entiende por emergencia habitacional a la situación en la que se encuentran los siguientes grupos familiares y/o personas residentes en la Ciudad de Buenos Aires:

- Ocupantes de viviendas de infraestructura deficitaria con ingresos por debajo del nivel de pobreza.
- Ocupantes de viviendas en situación de inhabitabilidad.
- Habitantes de núcleos habitacionales transitorios, asentamientos y villas de la ciudad que carezcan de un espacio vital suficiente, de acceso al agua potable y cualquier otro servicio básico.
- Beneficiarios de los programas de emergencia habitacional del Ministerio de Desarrollo Social, incluyendo a quienes se encuentran alojados mediante subsidios en hoteles, pensiones y otros.
- En situación de calle".

Asimismo, según la modificación de la ley 1408 implementada por la referida ley 2973, art. 2º, se dispuso que:

"Se constituye el Fondo para la Emergencia Habitacional, el que deberá asignarse exclusivamente a programas existentes o creados por Ley específica que tengan por objeto las soluciones habitacionales transitorias o definitivas para los grupos familiares y/o personas objeto de la presente ley".

Por su parte, en el art. 5º de la ley 1.408 se estableció que:

"El Poder Ejecutivo tomará las previsiones pertinentes para garantizar la asignación de una partida presupuestaria al Fondo para la Emergencia Habitacional con un monto mínimo igual al previsto en el artículo cuarto, en la formulación del

Presupuesto 2005 y los años subsiguientes mientras persista la Emergencia Habitacional que se establece por la presente ley".

En el referido art. 4º de la ley 1.408, al que alude el citado art. 5º, se dispuso que:

"El Fondo para la Emergencia Habitacional estará integrado por hasta el 25 % de las ampliaciones de crédito correspondientes al presupuesto en vigencia que se aprueben como resultado de los mayores ingresos del año 2004.

El Fondo antes mencionado no podrá tener un monto de recursos inferior a $ 50.000.000 durante el ejercicio 2004.

Los montos acumulados en el Fondo deberán ser depositados en una cuenta específica en el Banco Ciudad de Buenos Aires".

2.21. En la jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en los últimos años, ante el silencio del Poder Legislativo en lo que se refiere a la elaboración y propuesta de ejecución de programas específicos, ha sido el Poder Ejecutivo —ejercitado por dirigentes de distinta extracción política— la rama del gobierno que ha dictado distintos reglamentos orientados a paliar los problemas que en materia de vivienda sufren los vecinos de la Ciudad mediante el otorgamiento de ayudas temporarias, teniendo en cuenta la obligación que surge del art. 31 de la CCBA (p. ej: decs. 895/02, 1234/04, 97/05, 690/06 y 960/08). A su vez, para conjurar la situación de calle se han habilitado paradores nocturnos y hogares para personas con necesidades especiales. En los primeros, se comprende a hombres solos, mayores de edad y mujeres mayores de edad con o sin hijos menores que se encuentren en situación de calle, sin recursos, que requieren solución provisoria con carácter de emergencia, ofreciendo pernocte nocturno, cena, ducha, desayuno y asesoramiento profesional durante la estadía, flexibilizando las condiciones de admisión para la atención de una población vulnerable; en los segundos, se abarca a personas mayores con necesidades especiales y padre/madre, solas/os, con niñas/os con necesidades especiales, ofreciendo alojamiento en hogares de veinticuatro horas, realizando un trabajo de revinculación familiar y comunitaria de las personas beneficiarias mediante un equipo profesional capacitado en la temática. También, en el caso de hombres mayores hasta sesenta años y mujeres mayores de hasta sesenta años, solos o con hijos mayores de edad, se ofrece alojamiento, previa admisión, brindando techo y un ámbito de contención con albergue, comida, atención y tratamiento profesional, como un canal articulador orientado a la reinserción social de aquellos que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad socioeconómica.

Así entonces, en cuanto al mecanismo de subsidios, este es uno más de los previstos en el plexo normativo de la Ciudad asistencia y su implementación se traduce en una *solución provisoria*, en tanto no apunta a resolver "progresivamente el déficit habitacional" con "criterios de radicación definitiva", tal como lo postula el art. 31 de la CCBA. Ello, de todos modos, no implica que la adopción por el Departamento Ejecutivo de este tipo de medidas a través de la vía reglamentaria peque por exceso y resulte de por sí inconstitucional, más allá de que distraiga re-

cursos destinados a construir viviendas que se convertirían en respuestas definitivas al problema habitacional.

2.22. Sentado lo expuesto, conviene abordar la afirmación vertida por la señora asesora, en cuanto a que una vez precisada una violación al estándar de no regresividad es el demandado quien debe probar que la medida dictada (en este caso el dec. 960/08) es razonable.

Según lo expuesto en los puntos precedentes, es cierto que si se logra demostrar de manera acabada que una medida estatal es regresiva, acreditando, por ejemplo, que el marco tuitivo de una nueva norma que se pone en vigencia constituye un retroceso con respecto al previsto con anterioridad para regir esa cuestión, a continuación, se trasladaría al Estado la carga de probar que, pese a ser regresiva, esa disposición se encuentra justificada por el ordenamiento valorado en su conjunto.

Pero también corresponde aclarar que la *presunción de legitimidad* de la que gozan todos los actos administrativos determina, de todos modos, que cualquier persona que pretenda demostrar su invalidez constitucional deba practicar ante los tribunales de justicia la pertinente actividad probatoria, de discusión y de pormenorizado escrutinio.

En este sentido, desde la doctrina se ha destacado que "(t)odos los actos de derecho público, de cualquier clase que fueren, llevan impresa la presunción de validez jurídica inmediata, sin necesidad de que lo establezca una norma expresa. Las leyes se consideran constitucionales, sin que una ley así lo asegure; las sentencias se consideran válidas después de la *res iuduicata* sin que lo asegure ninguna norma procesal y los actos de la Administración se consideran legales por principio de juridicidad estatal, sin necesidad de que lo constituya una norma. (...) Este principio de presunción de legitimidad no expresa un valor absoluto. (...) La presunción de validez jurídica se considera *iuris tantum*, es decir, como supuesto de valor jurídico entendido y pasible de ser impugnado por los interesados" (conf. Fiorini, Bartolomé A: *Derecho administrativo*, t. I, pp. 348 y 349, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995).

Con lo cual el primer objetivo que debe cumplirse en casos como el presente es el de enervar la presunción inicial de validez del acto estatal, mediante un desarrollo concreto y serio que permita acreditar que la regulación emanada del Estado que se discute, en este supuesto, puede calificarse como *regresiva*.

3. Las objeciones de la señora asesora general tutelar al contenido de los arts. 1º, 2º, 4º y 5º del dec. 960/08 por considerarlo violatorio del principio de progresividad.

3.1. La actora cuestiona el art. 1º del dec. 960/08 —que modificó el art. 3º del dec. 690/06— en tanto, a su entender, excluye "como objetivo de la política pública (...) la orientación de las familias en situación de calle en la búsqueda de distintas estrategias de solución a su *problemática habitacional*" e incorpora "la transitoriedad de las medidas en reemplazo de la política de solución de la problemática habitacional" (fs. 13 vta.).

Señala la señora asesora que "el primer aspecto en el que el dec. 960/08 resulta regresivo respecto del dec. 690/06 es en el cambio de los objetivos del programa" (fs. 11), dado que "mientras con anterioridad a la sanción del dec. 960/08 el Estado se ocupaba de brindar asesoramiento para que las familias solucionen su problema habitacional, con esta reforma limita su actuación al mero asistencialismo" (fs. 11 vta.).

En respaldo de su postura, la accionante pone de resalto el criterio sustentado por este Tribunal Superior de Justicia en el precedente "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'B.M. y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA", expte. nº 4757/06, sentencia del 25/4/2007. Se sostiene que al evaluarse en aquella oportunidad el alcance de la ayuda prevista por el dec. 690/06 se destacó que la obligación del GCBA prevista en la reglamentación no consistía solamente en el otorgamiento de un subsidio, sino que esa medida debía estar acompañada de otras acciones estatales orientadas a lograr alguna solución estable del problema habitacional que se presentaba en cada caso concreto, con la colaboración y compromiso de los propios interesados (conf. voto de los jueces Casás y Conde al que adhirió el juez Lozano en este punto).

3.1.a. Entiendo que la pretensión formulada no puede prosperar, en tanto no se ha logrado acreditar que la modificación del art. 3º del dec. 690/06 realizada mediante el dec. 960/08 (art. 1º), por sí sola —en abstracto—, proyecte los efectos regresivos señalados por la señora asesora.

En primer lugar, estimo que para considerar que la política estatal en materia de vivienda desplegada por el GCBA ha incurrido en regresividad ante la omisión de una mención expresa en el dec. 960/08 orientada a lograr que el GCBA brinde asesoramiento a las personas que padecen problemas habitacionales para encontrar una solución estable a su situación, no parece suficiente el simple ejercicio de confrontar la reglamentación contenida en los decs. 690/06 y su modificatorio, sino que debería haberse considerado también el conjunto de las restantes normas jurídicas vigentes que disciplinan la materia habitacional en esta jurisdicción local, ya que el Programa de Atención para Familias en Situación de Calle se encuentra vinculado y se aplica en coordinación con otras políticas públicas que no han sido debidamente valoradas en el escrito de inicio —v. gr. ley 1251 que establece los programas y acciones a cargo del Instituto de Vivienda de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (IVC), órgano de aplicación de las políticas de vivienda del Gobierno de la Ciudad, según la ley mencionada.

Como ello no ha ocurrido, no se ha demostrado que, a pesar de la omisión que se adjudica al decreto objetado, la Administración local no brinde en la actualidad un asesoramiento eficiente a las familias o personas con problemas habitaciones con la finalidad de orientarlas para intentar encontrar una solución estable, si ellas lo solicitan.

En otras palabras, la falta de mención expresa en el dec. 960/08 de aquella obligación que el anterior decreto había puesto en cabeza de la autoridad de aplicación del Programa de Atención para Familias en Situación de Calle, tendiente a

orientar en la búsqueda de estrategias de solución estable a todas las personas que perciban el subsidio de marras, no parece de por sí regresiva, por cuanto no se ha acreditado que esas mismas acciones estatales no se puedan o resulten dificultosas de realizar, de todos modos, ante la propia autoridad de aplicación —o ante otra repartición del GCBA competente en la materia— a instancias de los propios interesados o de quienes los representen.

En esta línea, además, se inscribe la resol. 1554/08 del Ministerio de Desarrollo Social, en tanto prevé entre las funciones del Equipo de Seguimiento y Evaluación de los beneficiarios del Programa de Atención para Familias en Situación de Calle las de "asesorar y orientar, cuando fuera solicitado por el beneficiario, sobre alternativas habitacionales a fin de superar la emergencia" y "realizar derivaciones a otros programas" —art. 3º, incs. b) y d)—. Al respecto la accionante ha manifestado genéricamente en la audiencia celebrada que una resolución ministerial no podría regular ciertos detalles del régimen en cuestión con observancia de las normas superiores que disciplinan la materia, mas no ha brindado argumentos concretos que permitan concluir por qué, en este caso, ello sería ilegítimo a tenor del conjunto de competencias expresas y razonablemente implícitas que tiene a su cargo ejercer el Ministerio de Desarrollo Social con relación al programa (conf. art. 16, dec. 690/06). En este punto corresponde recordar nuevamente que rige la presunción de legitimidad de los actos y reglamentos que emite la Administración y que la interesada con su sintético planteo no ha logrado ponerla en tela de juicio.

3.1.b. Este criterio no se contrapone con aquél adoptado por el suscripto en el precedente "B.M." ya citado, en tanto el avance del que se daba cuenta al valorar el dec. 690/06 estaba dado porque, con anterioridad a su vigencia, *la propuesta* de una salida estable a la problemática habitacional de las familias que requerían una extensión del subsidio acordado se encontraba *exclusivamente a cargo de los propios beneficiarios*, quienes por sus propios medios debían presentarla ante la autoridad de aplicación (conf. dec. 895/02).

El compromiso de la autoridad de aplicación del Programa de Atención para Familias en Situación de Calle en la actualidad no se limita a la entrega de un subsidio como parece entender la señora asesora en su presentación, sino que las normas vigentes contemplan o, mejor dicho, mantienen la posibilidad de desplegar las acciones específicas de asesoramiento y orientación para superar las situaciones puntuales de emergencia habitacional a requerimiento de los interesados en cada caso concreto.

Nótese que ya el Tribunal en el precedente citado, al examinar el alcance de las disposiciones incluidas en el dec. 690/06, había resaltado no sólo la obligación de asesoramiento que le toca a Administración en este tipo situaciones, sino también el rol determinante que poseen los propios interesados en recibir esa orientación, ya que sin su compromiso y colaboración cualquier despliegue estatal resultaría estéril. También se sostuvo en aquel precedente que la percepción del subsidio en cada caso concreto debía continuar si el beneficiario reunía todos los recaudos exigidos por el ordenamiento para ello y hasta tanto el Estado cumpliera con sus obligaciones

de asesoramiento y orientación mediante la formulación de propuestas acordes a cada circunstancia, escenario que, en mi concepto, no ha variado en sustancia con la modificación reglamentaria resistida.

En suma, el GCBA, en la actualidad, ante el requerimiento expreso de un sujeto que se encuentre dentro del grupo de personas contempladas para el otorgamiento del subsidio —al haberse constatado con carácter previo que su inclusión en ese universo es respetuosa de las reglas que se desprenden del diseño plasmado en la Constitución para poder recibir la ayuda (respeto de las prioridades establecidas por el constituyente y del derecho a la igualdad)—, tiene la obligación de asesorarlo y orientarlo para intentar encontrar una solución estable a su problema habitacional, y en tanto no satisfaga de manera razonable tal reclamo en cada caso concreto no pueden considerarse cumplidos a su respecto los términos del dec. 960/08 y su reglamentación.

Por lo demás, *la transitoriedad* es una nota esencial de todo el régimen instituido por los sucesivos decretos que regulan los subsidios, en consonancia con la norma constitucional que apunta al objetivo de la radicación definitiva.

Cabe aclarar, a todo evento, que el deber de asesorar y orientar que existe en cabeza de la Administración efectuado de manera razonable —acorde con las circunstancias relevantes de cada caso— no se traduce en una obligación de resultado.

En conclusión, de la modificación reglamentaria objetada en este punto por la señora asesora no se desprende —en abstracto— un menoscabo a la regla de *prohibición de regresividad* en materia de protección del derecho a la vivienda.

3.2. La señora asesora objeta el art. 2º del citado dec. 960/08 —que sustituyó el art. 4º del dec. 690/06— en cuanto "reduce la población destinataria a las personas o familia en situación de calle" *y excluye* "como beneficiarios del programa *a quienes* por cualquier causal *se hallaren en riesgo de ser desalojados* o ante la inminencia de encontrarse en situación de calle" (fs. 14).

3.2.a. En este aspecto, entiendo que asiste razón a la accionante, toda vez que la decisión contenida en el dec. 960/08 se traduce en un retroceso a la luz del dec. 690/06 y de los preceptos constitucionales que reconocen el derecho a la vivienda adecuada, en tanto, a partir de ella, se ve desdibujado el alcance de la eminente *finalidad preventiva* que antes poseía el régimen bajo estudio, sin que el GCBA haya brindado —a su turno— una justificación plausible para respaldar esta modificación.

3.2.b. Ello, claro está, no quiere decir que el Estado, como se dijo anteriormente en este voto, ante la valoración de un caso concreto, no pueda contemplar ciertas prioridades para disponer el otorgamiento del subsidio de marras según pautas que surgen de la propia Constitución local, esto es, con arreglo a las preferencias de aquellas personas que se encuentren en peor situación.

Empero, a partir de la modificación reglamentaria impugnada, se desnaturaliza —en abstracto— aquella elemental finalidad del dec. 690/06, norma que no sólo

pretendía revertir la efectiva situación de calle de aquellos solicitantes que reunieran las condiciones previstas para percibir el subsidio, sino también, con igual énfasis, intentaba impedirla. Tal circunstancia no se ve mitigada por la existencia de otras vías preventivas más generales receptadas en el ordenamiento, ni por los términos de la reglamentación del dec. 960/08 (art. 4º, Anexo), norma que contempla para estos casos de riesgo o inminencia la posibilidad para el peticionante de iniciar ante la autoridad de aplicación un trámite administrativo de "preaceptación" de ingreso al Programa para que, una vez *efectivizada* la situación de calle, se disponga su incorporación al mismo.

En conclusión, la pretensión formulada debe prosperar, en tanto se ha logrado acreditar que la modificación del art. 4º del dec. 690/06 realizada mediante el dec. 960/08 (art. 2º) proyecta efectos regresivos sobre los potenciales beneficiarios del subsidio.

3.3. También se impugna el art. 4º del dec. 960/08 —que sustituyó al art. 10 del dec. 690/06— en tanto establece que la asignación monetaria "tendrá como único destino cubrir gastos de alojamiento" y sólo de manera excepcional podrá ser destinado "a la obtención de una solución definitiva para la problemática habitacional de la familia", lo que se considera una restricción al destino del subsidio que otorgaba la redacción anterior, en orden a su utilización tanto para cubrir gastos de alojamiento o enderezada a la obtención de una solución habitacional definitiva (fs. 17).

3.3.a. En este aspecto entiendo que la decisión contenida en el dec. 960/08, al establecerse sólo de manera excepcional el otorgamiento de la ayuda para la concreción de una solución definitiva al problema habitacional de los beneficiarios del programa, se traduce en un retroceso a la luz del dec. 690/06 y del art. 31 de la CCBA, disposición que claramente prevé como objetivo de las políticas públicas un abordaje del problema con criterios orientados a la radicación definitiva, según lo ha expresado este Tribunal en diversos precedentes (conf. causa "B.M.", ya citada).

En efecto, el decreto modificatorio 960/08 restringe la ayuda prevista con anterioridad en el Programa de Atención para Familias en Situación de Calle, pues en el marco del dec. 690/06 se permitía a los beneficiarios destinar los fondos a gastos de alojamiento y de la misma manera a "cubrir toda índole de gastos emergentes, en los casos en que a los beneficiarios del presente programa se les otorgue un crédito hipotecario del Instituto de Vivienda de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, o requieran del mismo para la obtención de una solución habitacional definitiva" (art. 10, dec. 690/06).

Si bien el subsidio previsto por este programa, antes y ahora, ha sido contemplado como una herramienta *transitoria* de fortalecimiento familiar *con fines exclusivamente habitacionales*, de ello no puede concluirse válidamente que este tipo de ayuda no pueda ser utilizada para intentar llegar a una *solución estable del problema* o que esta clase de implementación pueda verse limitada, desfavorecida o dificultada sin justificación fundada y razonable.

En síntesis, la limitación del destino del beneficio implementada por el dec. 960/08, de acuerdo con el estándar constitucional del art. 31 —ya citado—, no se encuentra debidamente justificada por el GCBA y por ello debe hacerse lugar a la pretensión de la accionante en este punto. En estas condiciones, corresponde declarar la invalidez y pérdida de vigencia de la modificación introducida al art. 10 del dec. 690/06 por el art. 4º del dec. 960/08, en cuanto establece que "el subsidio que se otorgue tendrá como único destino cubrir los gastos de alojamiento. Excepcionalmente, el mismo podrá estar destinado a la obtención de una solución definitiva para la problemática habitacional de la familia, quedando facultada la Autoridad de Aplicación, previo dictamen favorable del área técnica que se establezca vía reglamentaria, a disponer la entrega del beneficio en un pago único a tal efecto".

3.4. Finalmente, se controvierte el art. 5º del dec. 960/08 —que sustituyó el art. 11 del dec. 690/06—, en la medida que ahora requiere como requisito de admisibilidad ser residente de la Ciudad con una antigüedad mínima de dos (2) años, cuando la anterior exigencia en este punto era de un (1) año.

3.4.a. De nuevo debe tenerse en cuenta el efecto producido en el plano de la realidad por la modificación reglamentaria objetada, a la luz del sistema de prioridades que surge de la Constitución al reconocer el derecho a la vivienda digna en el art. 31, teniendo presente además el derecho a la igualdad y que, en esta oportunidad, el escrutinio del dec. 960/08 debe hacerse en abstracto, a partir de la vía procesal elegida por la accionante (art. 113, inc. 2º, CCBA).

Como se expresó en el punto 3.1.a. de este voto, para considerar que la política estatal en materia de vivienda desplegada por el GCBA ha incurrido en regresividad a partir de la modificación introducida por el dec. 960/08 que —para lo que ahora importa— establece como condición para la obtención del subsidio la de "ser residente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con una antigüedad mínima de dos (2) años", no parece suficiente el simple ejercicio de confrontar la reglamentación contenida en los decs. 690/06 y su modificatorio, sino que debería haberse considerado también el conjunto de las restantes normas jurídicas vigentes que disciplinan la materia en esta jurisdicción local, ya que el Programa de Atención para Familias en Situación de Calle se encuentra vinculado y se aplica en coordinación con otras políticas públicas que no han sido debidamente valoradas en el escrito de inicio.

Tampoco se ha considerado debidamente en la demanda que la reglamentación del dec. 960/08 (art. 11, punto b.4. del Anexo) precisa que "las familias o personas solas que hayan obtenido la cuota de emergencia, cumplan con los demás requisitos exigidos, y acrediten una residencia en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de un (1) año o mayor, serán evaluadas... a fin de determinar su inclusión definitiva al Programa. No obstante ello, tendrán preferencia de ingreso las que en similares condiciones acrediten una residencia de dos (2) o más años en la Ciudad".

Así entonces, entiendo que no se ha logrado demostrar que la modificación reglamentaria objeto de tacha en este punto, en abstracto, sea susceptible de producir —por sí misma— los efectos regresivos invocados.

En todo caso, será a través de la vía del control difuso donde, eventualmente, se podrá controlar si el GCBA en algún caso concreto no ha observado las prioridades establecidas sobre el particular en la Constitución —que, como se dijo reiteradamente en este voto, siempre apuntan a dar preferencia a aquellas personas que se encuentren en peor situación.

Es que, como lo sostiene el GCBA en la contestación de la acción: "El dec. 960/08 y su reglamentación mediante los requisitos de accesibilidad al programa, garantizan la igualdad ante la ley y no dejan excluido 'automáticamente' a nadie que se encuentre asistido por el dec. 690/06, como hipotéticamente ejemplifica la señora asesora en este punto, o que se encuentre en situación de calle".

Por lo demás, cabe añadir: por un lado, que *la regresividad* en la modificación de un derecho prestacional atendido por el Estado, debe ser comprobada a través de una apreciación del régimen *desde una perspectiva sistémica y de conjunto*; y, de otro, que no se muestra irrazonable que, ante un problema de crisis habitacional que aqueja a todas las jurisdicciones políticas de la República Argentina, así como a los países limítrofes, y la correlativa insuficiencia de los recursos financieros públicos para resolverla o paliarla por la vía aquí elegida, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en identidad de condiciones objetivas escrutadas de acuerdo a las prioridades expresamente previstas en el propio texto constitucional, haga mérito de aplicar sus insuficientes disponibilidades económicas, orientándolas hacia a aquellos vecinos que acrediten vínculos de integración y pertenencia territorial más prolongados con la Ciudad, lo cual certifica una mayor voluntad y compromiso de permanencia. Todo esto cobra particular valor ante la constatación de que el acrecentamiento de la situación de precariedad habitacional, en la última década, no se encuentra decisivamente explicada por el hecho de que vecinos de Buenos Aires hayan retrogradado su condición de propietarios o inquilinos de viviendas dignas a una situación de desamparo, sino, fundamentalmente, a un fenómeno migratorio externo de población antes radicada en otras jurisdicciones, donde posiblemente no encontró respuesta, no sólo a sus demandas habitacionales, sino a la búsqueda de una ocupación que les garantizara su sustento y los medios económicos para resolver el acceso a una vivienda digna.

No es casual, en otro orden, que puede servir como referencia comparativa, que el sistema de salud que se atiende a través de los más de treinta hospitales públicos, antes nacionales y ahora localizados en la órbita competencial de servicios y presupuestariamente a cargo de la Ciudad, se encuentre hoy totalmente colapsado, no ya por la atención de vecinos porteños enfermos, o de pacientes provenientes de distintas provincias hermanas —respecto de quienes es menester asumir un comportamiento de solidaridad federal, en cuanto los constituyentes de 1853 se propusieron hacer una sola Nación, en un solo territorio, para un solo pueblo—, sino, incluso, de extranjeros no residentes en la Argentina que viajan hacia Buenos Aires

al solo efecto de realizarse prácticas medico-quirúrgicas, según se ha denunciado reiteradamente a través de distintos medios periodísticos.

En tal contexto, las debilidades financieras de esta Ciudad, a partir, en esencia, de la reducida recepción de ingresos provenientes de la masa coparticipable, recursos desproporcionadamente magros frente al aporte que a ella realiza por la actividad económica generada en su ámbito, se convierte en una limitante para atender derechos de prestación en forma irrestricta, por cuanto ni siquiera puede satisfacer, en términos decorosos, los requerimientos de quienes, desde hace tiempo, residiendo en esta jurisdicción se encuentran en un estado de precariedad habitacional.

Propuestas que pasen por alto dicha realidad, se tornarán en postulaciones meramente declamatorias, generando la quimera de que la Ciudad de los porteños puede resolver los problemas de los más vastos contingentes de personas que converjan sobre su territorio, cuando ni siquiera puede atender satisfactoriamente los reclamos de quienes, desde hace años, viven en ella, con lo cual nos quedaremos en una solidaridad retórica que, por alejada de las posibilidades concretas, genera, en muchos, un falso espejismo, difícil de traducirse en derechos que puedan ser atendidos y gozados.

En tales condiciones, en tanto globalmente se brinden iguales o mayores prestaciones otorgando solución temporal a la emergencia habitacional, a pesar de la modificación introducida respecto a la exigencia de residencia que, por lo demás, no es decisiva para la concesión del beneficio, resulta insuficiente para descalificar el régimen como regresivo apreciado en su conjunto.

4. Conclusión.

Por las consideraciones expuestas entiendo que corresponde hacer lugar parcialmente, en los términos consignados en los puntos que anteceden a la acción declarativa de inconstitucionalidad incoada. Sin costas, en atención a que la causa ha sido trabada entre el Ministerio Público Tutelar y el GCBA.

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Adhiero al voto del juez José O. Casás.

La jueza Elizabeth A. Marum dijo:

1. La presente acción declarativa de inconstitucionalidad iniciada por la señora asesora general tutelar (fs. 1/19), fue declarada parcialmente admisible el 3 de diciembre de 2008 por el Tribunal que he sido convocada a integrar, en relación a la impugnación de los arts. 1º, 2º, 4º y 5º del dec. 960/08 (fs. 28/41). El fundamento de la inconstitucionalidad de estas normas de carácter general reside en que con su vigencia se produciría, a criterio de la presentante, una disminución en la intensidad con la que el estado local reconoce el derecho a la vivienda de personas en situación de necesidad, violándose así el principio de progresividad o prohibición de regresividad (arts. 14 bis, 16, 28, 31, 75, incs. 22 y 23 y art. 99, inc. 2º, de la C.N.; art. 25, inc. 1º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; arts. 2º, 4º y 11 del

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño; art. 5º, inc. e de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas la Formas de Discriminación Racial, art. 14, inc. 22 de la Convención por la Eliminación de la Discriminación contra las Mujeres; arts. 10, 11, 17, 20, 31 y 39 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; la ley nacional 20.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes; y la ley 114 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires). Posteriormente, el 3 de marzo de 2009, la accionante presentó un escrito en el que afirma que la declaración de inconstitucionalidad de las normas cuestionadas debe acarrear también la pérdida de vigencia de la reglamentación dictada en consecuencia, es decir la resol. 1554/GCBA/MDSGC/08, en lo pertinente, y subsidiariamente peticiona se declare su inconstitucionalidad (fs. 65/68).

2. En ocasión del contestar el traslado de la demanda, el órgano que representa los intereses del Gobierno de la Ciudad, solicitó el rechazo íntegro de la demanda de inconstitucionalidad por los fundamentos que obran a fs. 47/63 y lo propio hizo el fiscal general a fs. 136/149vta.

3. Ahora bien, llegado el momento de pronunciarse acerca de la pretensión de inconstitucionalidad de las normas en cuestión corresponde expedirme, en primer término, acerca de la existencia y los alcances del principio de progresividad y prohibición de regresividad en materia de derechos sociales.

Tal principio ha sido incorporado al plexo de derechos y garantías de nuestro ordenamiento desde el marco internacional de los derechos humanos en general y, en forma expresa, a partir de la firma del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Asimismo, se sostiene que la Constitución Nacional tenía implícito este principio desde su origen y luego fue incluido, de modo expreso, con la reforma de 1994.

En efecto, la introducción de los tratados internacionales de derechos humanos en el art. 75, inc. 22, de la C.N. reforzó la obligación de progresividad y prohibición de regresividad en nuestro ordenamiento legal. Además, la incorporación de la llamada nueva cláusula de progreso contenida en el art. 75, inc. 19, C.N. evidencia el renovado ímpetu que el constituyente dio en aras de la justicia social, habida cuenta de los términos en que fue concebido, con arreglo al cual corresponde al Congreso "Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social...". Por otro lado, el art. 75, inc. 23, C.N., dispone en la parte pertinente, que el Congreso, entre otras medidas, deberá "legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad", norma que también se ha interpretado como sustento del principio de progresividad.

Entre los tratados internacionales que receptan este principio se encuentran, además del citado Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Así, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales expresa que "cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos" (art. 2.1). Asimismo, que "los Estados parte en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social" (art. 2.2).

La Convención Americana de Derechos Humanos establece que "los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados" (art. 26).

A partir de ello, los Estados asumen la obligación de avanzar hacia la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, lo que implica una obligación "concreta y constante"de ampliar su tutela. Se trata de una progresividad dinámica que impone la obligación de proceder de manera permanente y continua, que invalida toda medida que implique la disminución del grado de realización que los derechos hubiesen alcanzado.

En tal sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha destacado que la obligación del desarrollo progresivo de tales derechos "exige como mínimo que la vigencia y acceso a los mismos no se reduzca con el transcurso del tiempo" y determina que las medidas se adopten de manera que "...constante y consistentemente promuevan la plena efectividad" de estos derechos (Gialdino, Rolando: "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud", en *Investigaciones* 3 (2001), publicado por la Secretaría de Investigación de Derecho Comparado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pp. 493/537).

Por otra parte, no puede soslayarse que la realización progresiva no puede ser invocada por el Estado como pretexto para no cumplir con el PIDESC (Principios de Limburgo y Pautas de Maastricht, cit. por Gialdino, Rolando E.: *Dignidad, justicia social, principio de progresividad y núcleo duro interno. Aportes del derecho internacional de los derechos humanos al derecho del trabajo y al de la seguridad social*, pp. 19/28).

En tal sentido, Pedro Nikken señala algunos matices que deben tenerse presentes a propósito de los derechos económicos, sociales y culturales, pues no puede sostenerse que tales derechos carecen de exigibilidad, pues si los Estados asumen el compromiso de satisfacerlos "hasta el máximo de los recursos disponibles" su realización representa una prioridad jurídicamente definida, cuyo desconocimiento en la práctica no es legítimo (*La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, Civitas, Madrid, 1987, pp. 126/127).

En efecto, aunque los tratados reconocen la situación particular de cada Estado y tienen en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también imponen varias obligaciones con efecto inmediato, por ejemplo que los Estados se "comprometen a garantizar" que los derechos pertinentes se ejercerán "sin discriminación". La alusión al deber de "adoptar medidas" denota un compromiso que, en sí mismo, no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas, lo más claramente posible, hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto. Además, ella implica un avance efectivo en la realización plena de los derechos pertinentes y, asimismo, que las medidas tendientes a lograr ese objetivo, deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve. En cuanto a los medios que deben emplearse para dar cumplimiento a la obligación de adoptar medidas, se define en el párr. 1º del art. 2º como "...todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas", es decir no solo la adopción de normas es suficiente ni el único medio para lograr dichos fines.

Por otra parte, la expresión "recursos disponibles" debe interpretarse a la luz del objetivo general y razón de ser del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados parte con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Éste impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. De modo que para que cada Estado pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todos los esfuerzos necesarios para conseguir y utilizar todos los recursos que están a su disposición, en un intento por satisfacer, con carácter prioritario esas obligaciones. Ello implica que el margen para un retroceso violatorio de la progresividad o el estancamiento o falta de avance es bastante acotado, siendo sólo admisible en situaciones de verdadera emergencia, en las cuales estuvieran en peligro otros derechos de los previstos en el Pacto (Recalde, Mariano: "Vigencia y alcance del principio de progresividad", en Kielmanovich, Jorge (dir.): *Compendio y jurisprudencia, doctrina y legislación,* nº 4, Errepar, 2007, pp. 555/557).

El fallo "Milone" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación —del 26/10/2004— se hace eco de la obligación de progresividad y prohibición de regresividad, al afirmar que una interpretación conforme al texto constitucional indica que la efectiva protección al trabajo dispuesta por el art. 14 bis se encuentra alcanzada y complementada por el mandato del art. 75 inc. 23 de la C.N., norma que paralelamente asienta el principio de no regresión en materia de derecho funda-

mentales. Deja en claro que así lo preceptúa también el principio de progresividad asentado en el art. 2.1 del citado Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en concordancia con el art. 11, inc. 1º, por el que los Estados han reconocido el derecho de toda persona a una mejora de las condiciones de existencia (considerando 6).

Asimismo, en el fallo CSJN "Aquino" —del 21/9/2004—, el voto de los jueces Zaffaroni y Petracchi declara que un retroceso legislativo en el marco de protección genera un grave conflicto con un principio arquitectónico del derecho internacional de los derechos humanos en general y del PIDESC, en particular. Este último está plenamente informado por el principio de progresividad, según el cual todo Estado parte se compromete a adoptar medidas para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos. De ello se siguen dos consecuencias: por un lado, los Estados deben proceder lo más explícita y eficazmente posible a fin de alcanzar dicho objetivo; por otro, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo a este respecto requerirán la consideración mas cuidadosa y deberán justificarse plenamente con referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto de aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga. Mas aún, existe una fuerte presunción contraria a que aquellas medidas que impliquen un retroceso en el marco de protección de un derecho social, resulten compatibles con las obligaciones impuestas por el PIDESC, sobre todo cuando su orientación no es otra que la mejora continua de las condiciones de existencia, según reza su art. 11.1. Señala el fallo que el principio de progresividad también se encuentra enunciado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, precisamente respecto de los derechos económicos y sociales (art. 26) y ha sido recogido por tribunales constitucionales de distintos países, como Bélgica, Portugal y Francia. De allí que sostuvo el convencional Lavalle, con cita de Piero Calamandrei que "un gobierno que quisiera substraerse al programa de reformas sociales iría contra la Constitución, que es garantía no solamente de que no se volverá atrás, sino de que se irá adelante" —*Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente*, año 1957, Buenos Aires, Imprenta del Congreso de la Nación, 1958, t. II, p. 1060— (consid. 10).

Posteriormente, la Corte Suprema volvió a referirse al principio de progresividad, respecto de la situación de los haberes previsionales en "Sánchez, María del Carmen c/Administración Nacional de Seguridad Social" —del 17/5/2005—. Allí el Dr. Maqueda afirmó: "La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el cap. III, Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 26, dispone acerca del desarrollo progresivo para lograr la plena efectividad de tales derechos, propósito que tiene por destinataria a la persona dentro del sistema y que, en consecuencia, requerirá del Estado el máximo esfuerzo en orden a los recursos disponibles. El reconocimiento del principio de progresividad en la satisfacción plena de estos derechos destierra definitivamente interpretaciones o medidas que puedan ser consideradas regresivas en la materia (art. 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos)... el art. 75, inc. 23, de la norma fundamental, ya que el cons-

tituyente reformador de 1994 ha introducido las acciones positivas con el fin de garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución, y por tratados internacionales... Esta norma constitucional fortalece la vigencia del principio de progresividad en materia previsional, descalificando todo accionar gubernamental que en la práctica dé un resultado regresivo en el goce efectivo de los derechos" (consid. 10).

El fallo determinó también el alcance de las fórmulas "en la medida de los recursos disponibles" —art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos— y "hasta el máximo de los recursos de que disponga" —art. 2.1 PIDESC—, afirmando que la consideración de los recursos disponibles por cada Estado "...constituye una pauta que debe evaluar cada país al tiempo de establecer nuevos o mayores beneficios destinados a dar satisfacción plena a los compromisos asumidos por esos documentos, mas no importa disculpa alguna para desconocer o retacear los derechos vigentes" (consid. 6).

También en "Madorrán" —del 3/5/07—, la CSJN ha reconocido el impulso hacia la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos, propia de los textos internacionales y, muy especialmente, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (consid. 8).

A su vez, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires consagra este principio, específicamente respecto al derecho en juego, al disponer, en el art. 31 que la ciudad reconoce el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado. Para ello: *1.* resuelve progresivamente el déficit habitacional de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos.

Este principio, también llamado de irreversibilidad predica, en palabras de Bidart Campos, que "una vez que determinados derechos se integran al sistema de derechos de un Estado democrático, no es posible después darlos por inexistentes, derogados, o desaparecidos. Así como alguna línea de la filosofía escolástica proclamaba que el derecho natural crece por adición, pero no disminuye por sustracción, el principio de irreversibilidad en materia derechos humanos proclama que añadido un 'plus' de derechos..., no es viable sustraerlos. Ello porque este principio de irreversibilidad entra en alianza con el de progresividad y maximización del sistema de derechos... Una vez que el sistema ha engrosado la constelación de derechos mediante el agregado de derechos nuevos, o por la ampliación con contenidos nuevos de derechos viejos, el 'plus' acumulado no puede desaparecer en el futuro, así desaparezca la fuente que expresamente les confirió ingreso" (*Tratado elemental de derecho constitucional argentino,* t. VI, La Reforma Constitucional de 1994, Ediar, 1995, pp. 579/80).

La progresividad se refiere, entonces, a la obligación de avanzar continuamente hacia la plena efectividad de los derechos, la que supone dos obligaciones, por un lado, la de mejorar continuamente el disfrute de los derechos; y, por otro, la de abstenerse de tomar medidas regresivas (Courtis, Christian: *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Editores del Puerto,

Buenos Aires, 2006, p 124). En este sentido se ha dicho que la progresividad es dinámica y unidireccional, pues está vedada la marcha atrás (Gialdino, cit., p. 22).

Vale aclarar que si bien existen dos nociones posibles de regresividad, la que es aplicada a los resultados de una política pública — de resultados— y la que es aplicada a normas jurídicas —normativa, referida a la extensión de los derechos concedidos por ellas—, en la presente acción adquiere relevancia este último sentido, en tanto se debe efectuar un cotejo normativo, aunque sin prescindir del resto del orden jurídico, en tanto regula el derecho en juego.

La obligación de no regresividad asumida por el Estado es la prohibición de sancionar normas jurídicas que empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales instituidos en cada mejora progresiva. Dado que el Estado se obliga a mejorar la situación de estos derechos, simultáneamente asume la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes, o de derogar los ya existentes, lo que constituye una limitación impuesta a los poderes Ejecutivo y Legislativo, en cuanto a las posibilidades de reglamentación de los derechos mencionados.

Existe regresividad normativa cuando, comparando una norma anterior con otra posterior, el nivel de protección que ofrece el ordenamiento jurídico ante una misma situación de hecho ha empeorado. Es decir, cuando el grado de efectividad del derecho social reglamentado por la norma impugnada resulte menor al que había alcanzado en el derecho interno antes de la sanción de esa norma. En otras palabras, cuando la norma impugnada limite, restrinja o reduzca la extensión o el sentido de un derecho social, o le imponga a su ejercicio condiciones que con anterioridad no debían sortearse.

4. El derecho a la vivienda se halla contenido en el art. 14 bis *in fine*, C.N. y en el ya citado art. 31, CCBA, norma esta última en la que se fijan los lineamientos que deberá seguir el Poder Legislativo en su tarea reglamentaria. En él se brinda un mandato claro a fin de que puede darse respuesta a las necesidades de los habitantes, otorgándole prioridad a las personas con mayores dificultades económicas para el acceso a una vivienda digna. Requiere del Estado la promoción de planes de viviendas, a efectos de que todo habitante, en especial los de modestos ingresos, puedan acceder a ella. En definitiva, este derecho tiene como contrapartida la obligación del Estado de procurar a todos los núcleos un lugar donde desenvolver decorosamente su vida familiar. En orden al alcance que cabe otorgársele al derecho a una vivienda digna consagrado en la Constitución local, adhiero al voto de los Dres. Ana María Conde y Luis F. Lozano en la causa 6754/09 “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, citado en la presente.

5. Sentado ello y, previo abordar el análisis de la constitucionalidad de las normas impugnadas, cabe aludir —atento lo manifestado por la accionante— a los principios atinentes a la prueba de lo invocado. Afirma la doctrina que es el demandante quien corre con la carga de demostrar, inicialmente, el carácter regresivo

de la norma, acreditando que el grado de protección ofrecido por la nueva norma constituye un retroceso con respecto al existente con la norma anterior. Probado esto, la norma se presume inválida y corresponde al Estado la carga de acreditar que, pese a ser regresiva, la norma es justificable.

En otras palabras, sólo si se ha probado que una norma es regresiva, —lo que determina una presunción de invalidez o de inconstitucionalidad de ella—, se transfiere al Estado la carga de argumentar a favor de la estricta necesidad de la medida (Courtis, ob. cit., p. 29/33 y 37).

6.a. La pretensión de inconstitucionalidad del art. 1º del dec. 960/08 en tanto excluye "como objetivo de la política pública (...) la orientación de las familias en situación de calle en la búsqueda de distintas estrategias de solución a su problemática habitacional" no debe tener, desde mi punto de vista, favorable acogida, pues la Asesoría Tutelar no ha logrado acreditar el carácter regresivo que ha invocado.

En efecto, en primer término resulta necesario preguntarse si resulta ajustada la hipótesis que propone la demanda en cuanto a que la omisión de aludir al objetivo de orientación "en la búsqueda de distintas estrategias de solución a la problemática habitacional" (que sí estaba expresamente presente en el dec. 690/06, art. 3º), tiene como consecuencia jurídica la desaparición de la obligación del Estado local de brindar dicha orientación y, con ello, regresa al estado de cosas anterior a la vigencia del dec. 690/06.

Es menester destacar que la versión actual establece como objetivo "primordial" el fortalecimiento transitorio del ingreso familiar con fines exclusivamente habitacionales, concepto que atiende a su carácter principal o primario, pero que de por sí implica que no descarta otros, aún cuando no se hallen expresamente dispuestos.

Corrobora lo expuesto, la circunstancia que, tal como lo expresa la representación legal de la demandada y el señor fiscal general, con posterioridad al inicio de la presente acción, el Ministerio de Desarrollo Social de la Ciudad dictó —en ejercicio de la facultad delegada por el art. 16 del dec. 690/06—, con fecha 22/10/2008, la resol. 1554/2008 (*BOCABA* del 4/12/2008, que persigue el declamado objetivo de "clarificar y especificar los límites del programa [Atención para Familias en Situación de Calle]"), de cuyos considerandos se destaca que el creado Equipo de Seguimiento y Evaluación (en adelante "el Equipo"), "asesorará y orientará a pedido expreso del beneficiario, sobre las alternativas habitacionales existentes a fin de superar la problemática en cuestión". Asimismo, dicho asesoramiento y orientación resulta una de las obligaciones del mencionado "Equipo" cuando fuera solicitado por el beneficiario del Programa (art. 3º, inc. b], resol. 1554/08).

Adviértase que, de hacerse lugar a la pretensión en este punto —bajo la forma solicitada en la presentación de fs. 65/8 (es decir, conjuntamente con el art. 3º, inc. b, resol. 1554/08)— no se advierte que quienes se encuentren en aquella situación adquieran beneficio alguno.

En efecto, si bien dicho derecho constitucional —como todos los incluidos en modo directo o indirecto por nuestra Constitución local, son directamente operativos,

es decir, exigibles judicialmente (art. 10, CCBA)— la reglamentación tendiente a obtener asistencia a fin de lograr una solución definitiva resulta, tal como lo afirma la motivación de la resol. 1554/08, "clara" y sencilla, pues exclusivamente requiere "solicitud" del beneficiario del programa.

Asimismo, acerca de la específica cuestión vinculada con la solución definitiva del problema habitacional, comparto la consideración efectuada por los Dres. José O. Casás y Ana María Conde en ocasión de expedirse en el caso concreto de Pilar Rosa Moravito en cuanto a que "(...) en el logro de este objetivo, el Estado no puede encontrarse en soledad, sino que requiere de la participación y compromiso de los asistidos, ya que sólo de esa forma es posible encontrar la solución que dé satisfacción a cada una de las familias que tutela. En efecto, ni la estrategia a seguir, ni las posibilidades de superación de la situación serán iguales para cada familia del Programa, ni puede imponerse al Gobierno que implemente, en cada caso, la solución "a medida" que requiere cada grupo familiar" (de su voto *in re* "Moravito, Pilar Rosa c/GCBA s/amparo —art. 14, CCBA— s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 5033/06 del 11/12/2007). Es decir que, junto a la "solicitud" del beneficiario, que establece el cuadro normativo actualmente vigente como requisito formal para la obtención del asesoramiento y orientación a fin de obtener una solución a la problemática, la fuerza de la realidad reclama indudablemente esa participación y compromiso a fin de que la orientación resulte eficaz.

Ello aparece exigido, como forma de motivación heterónoma, por la propia resol. 1554/08 cuando establece que "a los fines de la obtención de la ampliación del subsidio habitacional otorgado, al momento de solicitarla, deberá acreditar las medidas que hubiere adoptado a efectos de superar su situación de emergencia" (art. 12, párr. 2º del Anexo I de la resol. 1554/08).

Por lo expuesto, cabe considerar que la citada resolución, lejos de resultar contraria a la letra del decreto en su redacción actual, la complementa.

En síntesis, no se advierte regreso normativo en este punto.

Por otra parte, sin ir más lejos, el propio art. 17, CCBA establece, en lo que a la aquí reclamada obligación del Estado local interesa, que la Ciudad *a)* "desarrolla políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión" y *b)* "asiste a las personas con necesidades básicas insatisfechas". A su vez, el art. 31, CCBA establece que "la Ciudad reconoce el derecho a una vivienda digna" y, para ello "resuelve progresivamente el déficit habitacional (...), dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica". Así las cosas, aun si el ordenamiento normativo infraconstitucional se desentendiera de "orientar la búsqueda de estrategias de solución", como afirma la accionante, dicho deber normativo subsistiría por efecto del mandato constitucional. Entonces no hay, en la dimensión normativa, regreso alguno.

En definitiva, una interpretación del art. 1º del dec. 960/08 como la propuesta por la asesora resultaría inconstitucional, pero no porque aquella normativa lo sea, sino por el alcance restrictivo que pretende otorgarle.

6.b. La demandada inconstitucionalidad del art. 2º del dec. 960/08 tampoco puede prosperar, por motivos similares a los desarrollados en el párrafo anterior. Es decir, en tanto la resol. 1554/08 —reglamentaria del Programa de Atención para Familias en Situación de Calle— viene a clarificar el alcance de la tutela del Programa en cuestión.

En efecto, señala la accionante en relación a esta norma, que el art. 2º del dec. 960/08 "reduce la población destinataria a las personas o familias en situación de calle" y excluye "como beneficiarios del programa a quienes por cualquier causal se hallaren en riesgo de ser desalojados o ante la inminencia de encontrarse en situación de calle".

Ahora bien, la norma modificada por la regla cuestionada establecía que "el presente programa asiste a familias o personas solas en situación de calle, entendiendo por tal a aquéllas que se encuentran en inminente situación de desamparo habitacional (...)" (art. 4º del dec. 690/06).

El dec. 960/08 expresa que el programa "...asiste a las familias o personas solas en situación de calle efectiva y comprobable, entendiéndose por tal a aquellas que se encuentren en forma transitoria sin vivienda o refugio por causa de desalojo u otras causas y que reúnan las condiciones previstas en el art. 11 del presente decreto. No se contempla como beneficiarios del programa, a quienes por cualquier causal se hallaren en riesgo de ser desalojados o ante la inminencia de hallarse en situación de calle".

Sin embargo, en el cuadro normativo actual, dicha asistencia no desapareció. Adviértase que, el art. 4º del Anexo I de la resol. 1554/08 establece: "Las familias o personas que se encuentren en riesgo de ser desalojadas, o ante la inminencia de encontrarse en situación de calle, no podrán percibir el subsidio. No obstante ello, podrán iniciar el trámite ante la Autoridad de Aplicación a fin de solicitar la realización de un trámite de carácter administrativo llamado 'Preaceptación' de ingreso al Programa, el que se obtendrá en caso de verificarse el cumplimiento de los recaudos consignados en el dec. 690 y modificatorio por parte del equipo competente".

Es decir, el marco normativo actual no se desentiende, tal como pareciera creer la demandante, de la asistencia a quienes se encuentran en "inminente situación de desamparo". En este sentido, el trámite de preaceptación cumple también —aunque de un modo diferente— con una finalidad preventiva, pues actúa en salvaguarda de este derecho, garantizando que al momento de encontrarse en situación de calle, el peticionante se incorpore al Programa y perciba el subsidio.

Así, toda vez que los recursos presupuestarios públicos son finitos, ellos deben dirigirse primordialmente a quienes padecen mayores carencias y tener presente la situación de aquellos que pudiesen a llegar a precisar de la asistencia, por si ocurriese el supuesto de que efectivamente lo necesiten con la misma intensidad que aquellos otros. Es más, la propia Constitución de la Ciudad invita a dar preeminencia a los más carenciados por sobre aquellos que pudiesen llegar a necesitar de la misma ayuda "(...) dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con

necesidades especiales de escasos recursos" —art. 31.1, CCBA—, lo que impone una consideración preferencial de aquellas personas que están en peor situación. En otras palabras, ello permite, atendiendo al carácter limitado de los recursos y aún frente a la necesidad de aprovechamiento máximo de los recursos disponibles, que ellos se distribuyan entre quienes se encuentran en un estado más crítico.

En definitiva, en la actualidad, en ejercicio de competencias propias y partiendo de los lineamientos expuestos, la administración de la Ciudad optó por asistir de modo diferente a quienes se hallen en una efectiva situación de calle en relación a aquellos que se encuentran en riesgo de estarlo, permitiéndoles el inicio del trámite como modo de garantizar una pronta respuesta al momento de encontrarse en una efectiva situación de necesidad, en caso de que lo estén.

Por ende no se ha probado, en rigor, que se hubiese marchado en reversa en este punto.

6.c. En cambio, sí debe acogerse favorablemente la pretensión de inconstitucionalidad del art. 4º del dec. 960/08 por la denunciada restricción del destino del subsidio.

En efecto, pone énfasis la demandante en que, a la luz del dec. 690/06 —art. 10—, el subsidio que otorgue el Programa podía ser destinado para: *a)* gastos de alojamiento; *b)* toda índole de gastos emergentes en los casos en que se les otorgue un crédito hipotecario del Instituto de la Vivienda de esta Ciudad o requieran del mismo para la obtención de una solución definitiva.

Señala que en la actualidad, por imperio de la norma que cuestiona, modificatoria de la regla expuesta en el párrafo anterior, "El subsidio que se otorgue tendrá como único destino cubrir los gastos de alojamiento. Excepcionalmente, el mismo podrá estar destinado a la obtención de una solución definitiva para la problemática habitacional de la familia..." (a cuyo fin faculta a la autoridad de aplicación del programa a disponer del beneficio en un pago único a tal efecto).

Del cotejo en abstracto de ambas normas puede observarse que el nivel de protección que ofrece el estado actual del ordenamiento jurídico ha empeorado en el punto, en la medida en que se restringe la frecuencia del posible destino del subsidio, al otorgarse carácter excepcional a la utilización en la obtención de una solución definitiva de la problemática habitacional. Se ha producido en este punto un retroceso en el alcance y nivel de protección del derecho a la vivienda.

Así, acreditada la regresividad normativa por la actora, posee el Estado la carga de argumentar a favor de la estricta necesidad de la medida, lo que no ha hecho.

En base a lo expuesto, corresponde declarar la invalidez y pérdida de vigencia de la modificación introducida al art. 10 del dec. 690/06, por el art. 4º del dec. 960/08.

6.d. Asimismo, entiendo que corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 5º del dec. 960/08, en cuanto exige para poder obtener el subsidio "ser residente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con una antigüedad mínima de dos (2) años" (inc. b).

En efecto, surge de la constatación de las normas en juego que, si bien la exclusión como potenciales beneficiarios de aquellos residentes que acrediten una antigüedad menor a dos años y mayor de uno, no resulta absoluta (art. 11, punto b 4, 2do. párrafo, resol. 1554/08), la nueva regla incumple el principio de progresividad, pues en este punto regresa.

Ello se advierte sencillamente a la luz del art. 11 del dec. 690/06 en cuanto establecía como regla para ingresar al Programa "ser residente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con una antigüedad mínima de un (1) año" (inc. b), mientras que la resolución del Ministerio de Desarrollo Social en el art. 11 punto b.4., párr. 2º, del Anexo I dispone que "las familias o personas solas que hayan obtenido la cuota de emergencia, cumplan con los demás requisitos exigidos, y acrediten una residencia en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de un (1) año o mayor, serán evaluadas... a fin de determinar su inclusión definitiva al Programa. No obstante ello, tendrán preferencia de ingreso las que en similares condiciones acrediten una residencia de dos (2) o más años en la ciudad".

Así las cosas, y si bien la exclusión del beneficio no es, en principio, para todos los casos, la exigencia de previa evaluación a los fines de determinar su procedencia que fue introducida por la posterior normativa, permite afirmar que las posibilidades de acceder al subsidio de aquellas personas que tengan un año o mas de residencia, pero menos de dos, han sido recortadas cuando antes no lo estaban. Nótese en tal sentido, que es la propia resolución la que establece una preferencia de aquellos que poseen dos años de antigüedad, pese a la existencia de "similares condiciones" de necesidad respecto de quien posea un año, lo que implica un retroceso en la medida en que con anterioridad a la modificación, ambas situaciones se hallaban amparadas igualitariamente.

La reducción del alcance de potenciales beneficiarios atenta, por ello, contra la prohibición de regresividad.

Ello así, entiendo que cabe declarar la invalidez y pérdida de vigencia de la modificación introducida al art. 11 del dec. 690/06 por el art. 5º del dec. 960/08, en cuanto fija como requisito para la obtención del subsidio previsto en el Programa "ser residente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con una antigüedad mínima de dos (2) años" (inc. b).

7. Por último, es dable señalar que el análisis y las conclusiones que anteceden no implican en modo alguno una intervención en el diseño de políticas públicas, ni la sustitución de la administración en la determinación de ellas, como invocan tanto la parte demandada como el señor fiscal general, pues si bien es facultad de otros poderes optar por un sistema o mecanismo que desarrolle este y otros derechos, ello no impide que el judicial efectúe el control de constitucionalidad de normas de carácter general, tarea puesta en cabeza de este Tribunal por expresa disposición constitucional, marco en el cual debe asegurar el respeto al principio de prohibición de regresividad en el goce de derechos económicos, sociales y culturales vigentes, e impedir la convalidación de actos que importen dicha afectación.

Consecuentemente, corresponde hacer lugar parcialmente a la pretensión contenida en la demanda, y declarar la inconstitucionalidad y pérdida de vigencia de los art. 4º, dec. 960/08, modificatorio del art. 10 del dec. 690/06, en cuanto establece que "el subsidio que se otorgue tendrá como único destino cubrir los gastos de alojamiento. Excepcionalmente, el mismo podrá estar destinado a la adopción de una solución definitiva para la problemática habitacional de la familia" y del art. 5º del dec. 960/08, modificatorio del art. 11 del dec. 690/06 en cuanto fija como requisito para la obtención del subsidio previsto en el Programa "ser residente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con una antigüedad mínima de dos (2) años" (inc. b).

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. La señora asesora general tutelar impugna la validez constitucional de diversas cláusulas del dec. 960/08, por considerar que contradicen los principios de progresividad y no regresividad —arts. 28, 31, 75 incs. 22 y 23, C.N.; 10 y 31, CCBA; 26 de la CADH y 2º y 4º del PIDESC— afectando las garantías establecidas para proteger el derecho a la vivienda contemplado, fundamentalmente, en el art. 31, CCBA.

Según se dispuso por mayoría del Tribunal, los planteos admitidos para su análisis y debate, quedaron circunscriptos a los vinculados con los arts. 1°, 2°, 4° y 5° del dec. 960/08.

Por último, quedó integrada a los planteos admitidos la resol. 1554/08 del Ministerio de Acción Social, reglamentaria del dec. 960/08 en cuanto se relaciona concretamente con los artículos objetados.

2. Para decidir acerca de la validez constitucional de la normativa cuestionada es menester analizar los artículos que la parte actora entiende afectados, interpretándolos para fijar su real alcance y sentido con vinculación a la protección del derecho a la vivienda y, especialmente, en lo que atañe al grupo de personas más desamparado, es decir a los que carecen absolutamente de vivienda.

El art. 31 de la CCBA establece el derecho a la vivienda digna y a un hábitat adecuado y fija pautas o parámetros que garantizan el acceso a un estándar mínimo de goce de este derecho.

El art. 17, CCBA determina que la Ciudad desarrolla políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos, asistiendo en especial a las personas con necesidades básicas insatisfechas.

Ambas cláusulas, a su vez, deben ser leídas e interpretadas bajo la óptica de los principios de progresividad y no regresividad que consagran los arts. 2º y 4º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), integrado a la Constitución Nacional por el art. 75, inc. 22.

3. Un adecuado tratamiento y análisis del eje central de los planteos propuestos determina la conveniencia de transcribir el texto del art. 31, CCBA, estableciendo

su alcance e interpretación conforme lo hemos ya enunciado en voto conjunto con mi colega, el Dr. Luis F. Lozano (voto en autos "Alba Quintana, Pablo c/GCBA (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 6754/09, circulado internamente) en tanto las consideraciones expuestas en tal oportunidad constituyen los lineamientos básicos de interpretación en la materia y, en consecuencia, resultan aplicables al análisis de la cuestión ahora en debate.

Como soporte jurídico del criterio que estimo aplicable, sostuvimos en el mencionado precedente que: "4 (...) *Art. 31.* La Ciudad reconoce el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado. Para ello:

1. Resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos.

2. Auspicia la incorporación de los inmuebles ociosos, promueve los planes autogestionados, la integración urbanística y social de los pobladores marginados, la recuperación de las viviendas precarias y la regularización dominial y catastral, con criterios de radicación definitiva.

3. Regula los establecimientos que brindan alojamiento temporario, cuidando excluir los que encubran locaciones.

El artículo transcripto comienza por reconocer el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado.

En esta cláusula, la CCBA engloba un aspecto inexorablemente colectivo —hábitat adecuado— con otro que, como regla, implica, directamente o de modo indirecto, como puede ocurrir en los planes autogestionados, asignaciones individuales de recursos, y sólo podemos imaginarlo como atendido por bienes colectivos en situaciones excepcionales en las que una escasez insuperable impone compartir el techo.

La reglamentación de esos derechos incumbe al legislador, que debe cumplir tal tarea conforme las prioridades previstas por el constituyente y sin alterar el espíritu del mandato contemplado en el art. 31 de la CCBA.

Inmediatamente, la norma organiza en tres incisos una batería de medios para atender dicho derecho. Esas previsiones abarcan desde el ejercicio del poder de policía, del tercer apartado, hasta la organización de los beneficiarios y el apoyo de la autogestión para erigir viviendas, pasando por el otorgamiento de subsidios según prioridades.

El resultado que la CCBA pone a cargo del Estado no es de cumplimiento instantáneo. La sola circunstancia de que prevé prioridades —personas que padecen pobreza crítica, necesidades especiales con pocos recursos, viviendas precarias o marginación— implica que el constituyente asumió que los recursos son escasos y, por tanto, deben ser distribuidos según criterios transparentes que brinden apoyo antes a quienes tienen más necesidad.

En la misma senda y con una formulación explícitamente omnicomprensiva, el inc. 1° dispone resolver progresivamente el déficit habitacional, que, como dije no es el único objeto del derecho enunciado en el encabezamiento. Esta previsión

enlaza con la necesidad de afectar recursos no infinitos a distintas prestaciones de naturaleza social y cultural; educación y salud, esencialmente, que deben también ser atendidas por el estado. Además, tiene un propósito que no se puede perder de vista y que consiste en posibilitar radicaciones definitivas, tal como establece el inc. 2º, es decir, ni propende a distribuir con miras a fomentar la inmigración ni la emigración.

5. El art. 31 de la CCBA se enmarca en el contexto normativo de la C.N. y particularmente en el del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, elevado a la jerarquía de regla constitucional, en las condiciones de su vigencia, por el texto del art. 75, inc. 22 de la C.N. en la modificación introducida en 1994. Las disposiciones de dicho tratado internacional también son asumidas como compromiso por el constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el art. 10 de la CCBA.

A la luz de la relación entre el gobierno federal y los locales que organizan, entre otros, los arts. 5º, 31 y concordantes de la C.N., dicho art. 31 de la CCBA debe ser interpretado como un desarrollo de los derechos acordados por el Pacto Internacional. Los derechos que confieren ambos cuerpos normativos no "pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos".

Corresponde, entonces, establecer el alcance del derecho a la vivienda contemplado en el art. 11, lo que supone asumir, entre otras reglas, la de la progresividad prevista en el art. 2º, ambos del Pacto Internacional en cuestión. Ello así, porque, aunque no ha sido puesto en tela de juicio que el art. 31 de la CCBA cumple con dicho pacto, la interpretación que de él se haga servirá necesariamente de pauta para la de la norma local, por aplicación de la regla hermenéutica, tantas veces recordada por la CSJN, con arreglo a la cual de dos interpretaciones debe optarse por aquella que armoniza mejor con la norma de rango superior (*Fallos,* 182:486; 184:5; 186:258; 200:165; 281:146; 296:22; 297:142; 299:93; 301:460; 304:794 y 314:1445 entre otros). A ello se suma la circunstancia ya apuntada de que la progresividad prevista en el art. 2º del Pacto Internacional ha constituido el punto de apoyo al que acudió el *a quo* para asentar su pronunciamiento.

La Observación General 3 del Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1990, "La índole de las obligaciones de los Estados partes", art. 11 [2], en adelante OG3), suministra una visión que nos sirve indudablemente de guía y que ha sido tenida en cuenta a la hora de formular la interpretación del art. 31 vertida *infra*.

5.1. En primer término, las obligaciones deben ser cumplidas por todos los medios apropiados y principalmente mediante medidas legislativas, sin que ello signifique que la administración no deba contribuir al cumplimiento —art. 2º (1) del Pacto y punto 3 del OG3— pero, cada poder dentro de la función que le incumbe. Son razones esenciales, para esta prelación de las medidas legislativas, la necesidad de garantizar la igualdad en la distribución de los beneficios (OG6 y puntos 1 y 3

del OG3) y la circunstancia de que la obtención de los recursos y su asignación es una base esencial para el cumplimiento (OG3 punto 1).

5.2. Las obligaciones de los estados son en buena medida de medios no de resultados (OG3 punto 1) y las de medios llegan a la máxima medida de los recursos disponibles.[21] Los recursos disponibles limitan aun la progresividad en el cumplimiento pleno de los compromisos emergentes del PIDESC. De todos modos, no es menos cierto que el párrafo 1 del art. 2º del tratado obliga a cada Estado parte a tomar las medidas necesarias "hasta el máximo de los recursos de que disponga", por tanto, para que cada Estado parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar el máximo de los recursos que están a su disposición para satisfacer sus obligaciones (conf. OG3, puntos 9 y 10).

Esto significa que la Ciudad de Buenos Aires no está obligada a proporcionar vivienda a cualquier habitante del país, o incluso del extranjero, que adolezca de esa necesidad. Su obligación se concreta en fijar programas y condiciones de acceso a una vivienda, dentro de las capacidades que sus posibilidades le permitan conforme el aprovechamiento máximo de los recursos presupuestarios disponibles.

No existe un derecho subjetivo de cualquier persona para exigir en forma inmediata y directa de la Ciudad de Buenos Aires la plena satisfacción de su necesidad habitacional. Sí, en cambio, para que el universo de destinatarios a quienes

[21] "Sobre la base de la extensa experiencia adquirida por el Comité, así como por el organismo que lo precedió durante un período de más de un decenio, al examinar los informes de los Estados partes, el Comité es de la opinión de que corresponde a cada Estado parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Así, por ejemplo, un Estado parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, *prima facie* no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto. Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser. Análogamente, se ha de advertir que toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata. El párrafo 1 del art. 2º obliga a cada Estado parte a tomar las medidas necesarias 'hasta el máximo de los recursos de que disponga'. Para que cada Estado parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas" (conf. OG3, punto 10).

"El Comité desea poner de relieve, empero, que, aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, sigue en pie la obligación de que el Estado parte se empeñe en asegurar el disfrute más amplio posible de los derechos pertinentes dadas las circunstancias reinantes. Más aún, de ninguna manera se eliminan, como resultado de las limitaciones de recursos, las obligaciones de vigilar la medida de la realización, o más especialmente de la no realización, de los derechos económicos, sociales y culturales y de elaborar estrategias y programas para su promoción." (conf. OG3, punto 11).

el GCBA debe asistir, pueda requerir la cobertura habitacional indispensable —sea a través de hogares o paradores— conforme se explicará más adelante.

5.3. Asimismo, el otorgamiento por los estados pactantes de derechos susceptibles de ser invocados ante sus órganos judiciales constituye un deber de esos estados, que, en nuestro caso, pesan tanto sobre el estado federal como sobre los locales que han investido al federal de la misión de representarlos ante la comunidad internacional (OG3 punto 5).

5.4. La progresividad del art. 2º constituye en ese sentido una salvaguarda para los estados cuando no pueden cumplir inmediatamente los deberes asumidos. Empero, adoptar las medidas (versión española), *taking the steps* (inglesa) o *s'engage à agir* (francesa), son, en el criterio del OG3 punto 9, de resultado, e inmediatamente exigibles, de manera que, a partir de la vigencia del pacto, los gobiernos sobre los que pesa el deber de cumplir el pacto deben adoptar medidas que conduzcan al pleno cumplimiento.

Ello implica que, en cada momento, debe exhibirse, en lo posible, un paso más que los acumulados en los momentos precedentes, y, al menos, no uno en sentido contrario.

Los pasos deben ser deliberados, concretos y apuntados tan claramente como sea posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas por el Pacto.[22]

En otras palabras, el art. 2º impone la obligación de moverse tan expeditiva y efectivamente como sea posible hacia el logro de las metas previstas. Más aún, la OG3 destaca que "...todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga" (OG3, punto 9, *in fine*).

5.5. En esa línea, no cabe medir la mejora según lo que toque a cada individuo, tal como parece ser la concepción del *a quo,* sino que debe serlo globalmente para toda la población. Tampoco cabe pensar separadamente los derechos contemplados en el PIDESC sino que hay que pensarlos en conjunto, según se desprende de que los recursos disponibles lo son para el conjunto. La tan citada OG3 al analizar el concepto de progresividad y regresividad relaciona esas calificaciones con el conjunto de medidas y de derechos alcanzados por las previsiones del PIDESC en función del máximo de recursos disponibles (véase puntos 9 y 10).

5.6. Las medidas deben ser las mejores que permitan los recursos de que se dispone.

[22] "Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto." (conf. OG3, punto 2, *in fine*).

5.7. Esas medidas corresponden en buena parte a los poderes legislativos (OG3 puntos 3, 4, 6, 8, 11 y 15). Por una lado, incumbe primariamente al poder legislativo establecer cuáles son los recursos disponibles y, además, nada asegura mejor que una medida legislativa la igualdad en la distribución de beneficios (punto 3).

5.8. A esta altura de la exposición resulta necesario recordar que la interpretación del Pacto Internacional no incumbe solamente a los jueces (art. 31 de la C.N.) sino también al Poder Ejecutivo Nacional en su carácter de conductor de las relaciones exteriores. Esto obliga a un delicado equilibrio en el cual los jueces deben tener presente la necesidad de que la República pueda operar como un coherente sujeto de derechos en la comunidad internacional. No hay evidencias de que los órganos políticos federales hayan querido que el contenido de las obligaciones asumidas mediante el PIDESC exceda el que el GCBA se propuso, ni que haya asignado recursos a través de políticas nacionales de vivienda para que la CABA los implemente en su territorio.

5.9. Una segunda obligación de resultado surge del PIDESC en la concepción de la Observación General 3, punto 10: los Estados deben asegurar un piso a los derechos que deben tutelar. Esto impone a los Estados el deber de priorizar el uso de los recursos de que disponen. En el caso del derecho que nos ocupa, el deber consiste en brindar al menos un resguardo básico al universo de individuos al que tiene el deber de asistir (OG3 punto 10). En este sentido, el punto 10 de la OG3 apunta que "...al examinar los informes de los Estados partes, el Comité es de la opinión de que corresponde a cada Estado parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos" y enumere como expresión mínima de esos derechos el acceso a, por ejemplo, "...alimentos esenciales, atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos..." (el destacado no figura en el original). Resulta ilustrativo mencionar que en las versiones en inglés y francés, para lo que aquí importa, se usan respectivamente los términos *shelter and housing y logement*. Traducido al español *shelter* es "abrigo" o "refugio" y combinada con *housing* o *logement* remite a la idea de alojamientos gubernamentales u oficiales (conf. Diccionario *Oxford Spanish Dictionary,* Oxfor University Press, 2005 y Espasa Grand: español-francés, Espasa-Calpe, 2000). En la interpretación del Comité, el parador estatal destinado a brindar "abrigo" aparece como la expresión mínima del derecho a la vivienda. Una manifestación de ese derecho que, por austera, no debe dejar de reunir condiciones indispensables de dignidad".

4. En el contexto definido por la transcripción precedente, ha de quedar claramente sentado que los subsidios para vivienda no constituyen la política a que hace referencia el art. 31, CCBA. Esta política, al menos en su trazo grueso, debe debatirse, perfilarse y definirse en el ámbito legislativo y a través de quienes tienen la legitimación popular para fijar los lineamientos de una política pública de esta envergadura. Esta tarea se encuentra pendiente de realización.

En este marco de vacío legislativo sobre una cuestión fundamental de la vida de los habitantes de la Ciudad, los subsidios de vivienda disponen medidas transitorias tendientes a paliar la urgente necesidad habitacional de ciertos grupos que se encuentran, objetivamente, en desventaja para procurarse por sí un lugar donde vivir. Se trata, entonces de un derecho asistencial que le corresponde no a cualquier habitante sino a quienes se encuentran dentro de los parámetros establecidos en el art. 31. En suma, no constituyen la política de vivienda pero sí la integran formando una parte de ella al asistir a quienes requieren una ayuda en forma inmediata.

5. En definitiva, como síntesis, creo que resultará útil concretar cuáles son los ejes sobre los cuales debe asentarse el derecho a la vivienda protegido en el art. 31, CCBA:

- El Estado debe atender con medidas y recursos diversos la carencia de vivienda digna de sus habitantes, y debe emplear todos los medios disponibles para brindarles un hábitat adecuado. Ésta es una responsabilidad que recae, en forma primordial, sobre el Poder Legislativo.
- El art. 31 no genera un derecho subjetivo inmediato e irrestricto a obtener una vivienda del Estado. Es obligación de los gobiernos cumplir progresivamente y hasta el máximo de los recursos posibles las dos mandas constitucionales básicas: vivienda digna y hábitat adecuado.
- Las inversiones de recursos deben estar asignadas tanto a la vivienda como a la infraestructura y a los servicios.
- Los subsidios no son los únicos medios de cumplir las obligaciones impuestas por el art. 31; por ello pueden ser totales o parciales o estar sujetos a pautas de distribución, siempre que éstas respeten las contempladas en la Constitución y en los tratados internacionales.
- Sin perjuicio de todo lo anterior, el Estado debe garantizar al menos un techo a todo aquel a quien le toque asistir y no lo tenga.

6. Sentado el marco teórico sobre el cual habrá de dirimirse el conflicto planteado, resulta necesario precisar los alcances de los principios de progresividad y no regresividad previstos en el PIDESC, con relación a la alegada inversión de la carga probatoria, que pondría en cabeza del Estado la justificación del dictado de la norma impugnada.

De acuerdo con esta nueva categoría de análisis agravado de razonabilidad, la prueba de que una norma es regresiva determina la presunción de invalidez de la disposición en cuestión, trasladando la carga probatoria de la justificación hacia el Estado demandado y dejando de lado la presunción de legitimidad de los actos administrativos.

No obstante, la inversión de carga probatoria no funciona en forma automática. Para ello se requiere que el demandante establezca con seriedad suficiente el presupuesto que motoriza la presunción inversa, es decir la condición de regresiva de una norma determinada. Establecido al menos un principio de prueba de regresividad, la norma denunciada se presumirá inválida y correrá por cuenta del

Estado la justificación de su razón o motivo. Para ello habrá de acreditar ciertamente que la norma regresiva, en verdad, está dando cumplimiento o satisfacción a otros derechos contenidos en el Pacto.

En este punto, toma importancia otro dato relevante: que la norma o las cláusulas o artículos considerados regresivos integren o formen parte de un cuerpo normativo que establezca, en forma parcial o total, una política pública, caso en el cual las cláusulas que la integran habitualmente conforman un todo sistémico que no ha de perderse de vista. En este caso, no será suficiente, para obtener el beneficio de la inversión de la carga de la prueba, la simple comparación entre cláusulas aisladas o artículos desconectados.

En efecto, estando en juego la efectividad real del derecho social protegido —en este caso, la vivienda— el análisis comparativo deberá ir más allá del simple cotejo y efectuarse la ponderación respecto del conjunto de disposiciones abarcadas por la política pública de que se trate. En suma, la comparación se hace en conjunto y por instituciones, asegurando así la visión global del régimen aplicado al derecho social, lo que permite determinar con mayor certeza si existe o no regresividad.

Ya con anterioridad he propiciado este criterio de análisis integrativo cuando se trata de analizar la constitucionalidad de políticas públicas, al sostener que "...debe observarse que, como ocurre por regla, una política pública no queda referenciada a una cláusula o a un inciso de la ley que la contiene. Por el contrario, 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" (conf. mi voto en la causa "Ministerio Público - Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad" y sus acumulados; expte. n° 5726708, resolución del 16/7/2008).

7. Desde este punto de mira, debo señalar que no encuentro que los planteos identificados en la demanda cuya admisibilidad resultara procedente, hayan sido apuntalados, desarrollados y definidos con la seriedad que este tipo de acción requiere de acuerdo con la naturaleza del decreto cuestionado. En efecto, encuentro que se ha omitido la visión integrativa a la que me he referido ya, articulándose la argumentación como cuestiones independientes entre sí.

En este contexto, el principio de inversión de la carga probatoria no puede ser considerado con el estricto rigor que la cuestión a tratar ameritaría pues, ante la falta de argumentación orientada a generar auténtica convicción de regresividad por parte de la accionante, debe resultar morigerado por el principio de presunción de legitimidad de los actos administrativos, que no ha sido desplazado por las razones ya apuntadas.

Por lo demás, resulta conveniente destacar que tal como ha sido planteada la cuestión a través de la vía elegida —que sólo permite analizar el control abstracto de constitucionalidad de la norma impugnada—, lo que aquí se trata de determinar constituye una cuestión de derecho, frente a la cual es deber de los jueces practicar el estudio del tema propuesto desde los diversos ángulos posibles más allá de la

mejor o peor argumentación de las partes (conf. principio *iura novit curia*). Este criterio resulta especialmente recomendable cuando se trata de la acción prevista en el art. 113, inc. 2°, CCBA, que, de prosperar, puede determinar la segregación de la regla cuestionada del ordenamiento jurídico.

8. Tal como lo destaca el voto del juez de trámite, Dr. José O. Casás, lo cierto es que en cualquier análisis serio que se pretenda hacer de la política de vivienda en la Ciudad de Buenos Aires no puede prescindir de dos parámetros centrales:

a) Fundamentalmente, falta una ley marco que establezca los lineamientos básicos de la materia, tarea que se encuentra a cargo del Poder Legislativo. No obstante, en forma dispersa este Poder ha dado tratamiento a algunos temas puntuales y, en ese sentido, es posible identificar la sanción de leyes que constituyen instrumentos superadores de situaciones concretas que se encuadran dentro de la política habitacional. Se pueden mencionar como ejemplo:

- Ley 1987 del 1° de junio de 2006: declara de utilidad pública y sujetos a expropiación los predios ubicados en el "Asentamiento AU7" (Villa Cartón), los que serán destinados a viviendas sociales definitivas (por medio del IVC), previo censo realizado por el GCABA.
- Ley 2737 del 5 de junio de 2008: declara la emergencia de infraestructura y ambiental del complejo habitacional barrio Cdte. Luis Piedrabuena (art. 1°): Se crea una Comisión técnica encargada de formular una propuesta para la solución de fallas estructurales, vicios de construcción, mejoras en infraestructura y saneamiento ambiental del complejo, se crea comisión de seguimiento encargada del avance de las medidas.
- Ley 2973 del 4 de diciembre de 2008 (vetada parcialmente en relación con los desalojos suspendidos): Se constituye un fondo para emergencia habitacional, el que se asigna a programas ya existentes o creados por ley específica que tenga por objeto las soluciones habitacionales transitorias o definitivas para los grupos familiares o personas objeto de la presente ley.
- Ley 3343, dictada el día 3 de diciembre de 2009, prevé la urbanización de polígono correspondiente a las villas 31 y 31 bis, el cual será destinado a viviendas para quienes habiten allí (prioritariamente) (arts. 1º a 4º).

b) Desde el Poder Ejecutivo, existen organismos que establecen programas y acciones en materia de vivienda, que se relacionan y coordinan entre sí para delinear la ejecución de políticas habitacionales y de mejora del hábitat ciudadano, que prestan especial atención a las zonas que se encuentran en desventaja y procuran orientarse hacia los objetivos fijados en el art. 31, CCBA.

Dentro de este contexto, debe mencionarse al Instituto de la Vivienda de la Ciudad de Buenos Aires (IVC) —órgano de ejecución de las políticas habitacionales, de acuerdo con la ley 1.251— y a la Unidad de Gestión e Intervención Social (UGIS) creada por dec. 2075/08, dependiente del Ministerio de Desarrollo Económico— cuyos objetivos abarcan, en muchos casos, la situación habitacional de los vecinos de la Ciudad.

El Instituto de la Vivienda desarrolla varios programas en materia de vivienda, que en especial abarcan el acceso a los diferentes créditos hipotecarios o de adquisición de viviendas bajo distintas modalidades que se enmarcan en la ley 341 y su modificatoria 964, ambas del año 2006. Pueden señalarse:

- Programa Vivienda Porteña: implementa proyectos inmobiliarios para la construcción de edificios y la venta financiada de unidades funcionales con destino a vivienda única y permanente.
- Créditos individuales: otorga créditos hipotecarios, como instrumento para el acceso a la vivienda para uso exclusivo y permanente destinado a familias en situación crítica habitacional.
- Rehabilitación y Puesta en Valor de Conjuntos Urbanos: mejoramiento edilicio y de infraestructura de los barrios y conjuntos habitacionales de incumbencia del Instituto.

La Unidad de Gestión e Intervención Social implementa programas de asistencia comunitaria y atención social en villas, núcleos habitacionales transitorios y asentamientos reconocidos en la Ciudad de Buenos Aires. Para ello, ejecuta obras de mantenimiento y mejoramiento del hábitat que se encuentre en estado de emergencia y efectúa relevamientos poblacionales para mejorar las condiciones de habitabilidad.

La Corporación del Sur, otro organismo dependiente del Ministerio de Desarrollo Económico, creada por ley 470, ha desarrollado el Programa ProSur Hábitat destinado a dar solución a la problemática de vivienda en barrios carenciados y al mejoramiento y urbanización de espacios donde existen diversos tipos de asentamientos poblacionales. Pueden mencionarse a modo ilustrativo, sólo como ejemplo, el listado de licitaciones públicas correspondientes a los años 2009/2010, dentro de las cuales se encuentran:

- Licitación Pública 01-CBAS-2009: “Construcción nuevo centro de salud y acción comunitaria (CESAC n° 44)”.
- Licitación Pública 02-CBAS-2009: “Construcción nuevo centro de salud y acción comunitaria (CESAC n° 37).
- Licitación Pública 03-CBAS-2009: “Equipamiento urbano en Villa 19, Construcción plazas, plazoletas y pasajes”.
- Licitación Pública 04-CBAS-2009: “Equipamiento urbano Villa 19, ampliación de comedor, y ampliación salón de usos múltiples...”.
- Licitación Pública 12, 13, 14, 15, 16 y 19-CBAS-2009: “Mejoramiento de calles, pavimentación, construcción veredas, iluminación y pluviales Villa 21-24, construcción comedor comunitario villa 1-11-14, plaza Villa 3, apertura de la calle Chilavert-Villa 1-11-14 de esta Ciudad”.
- Licitación Pública n° 03-CBAS-2010: “Infraestructura 204 viviendas... nomenclatura catastral...”.
- Licitación Pública n° 04-CBAS-2010: “Ejecución de obras complementarias, conjunto habitacional 180 unidades de vivienda...”.

– Licitación Pública 05- CBAS-2010: "Ejecución de obras complementarias, conjunto habitacional Barrio Pirelli, 168 unidades de vivienda...".

9. A su turno, el Programa de Atención a las Familias en Situación de Calle forma parte de la política habitacional de la Ciudad de Buenos Aires. Sin embargo, atiende una problemática particular dentro de ella: la de quienes carecen de la expresión más mínima en cuanto a vivienda se refiere. En suma, constituye una porción de la política de vivienda, cuya atención concreta por vía asistencial a través de los subsidios que el Gobierno otorga para paliar transitoriamente una situación crítica en materia de vivienda.

Desde esta óptica, la atención a las familias o personas en situación de calle se cruza con las acciones del IVC, de la UGIS y con las contempladas por vía legislativa pues todas se encargan de diversos segmentos poblacionales con déficit en materia de vivienda (conf. art. 31, CCBA), que incluso pueden evolucionar superando la situación o pueden migrar entre los segmentos comprendidos.

Incluso se vinculan y se coordinan con otras acciones que no son estrictamente propias de la protección del derecho a la vivienda, entrelazando una trama que, si bien no pierde globalmente su ubicación dentro de la política habitacional, se fundamenta y ubica dentro de una asistencia compleja que comprende programas sociales, de reinserción laboral, de obtención de una primera vivienda, de ubicación habitacional transitoria, etcétera.

En este aspecto, es el Ministerio de Desarrollo Social el encargado de propiciar y diseñar las diferentes alternativas de corte asistencial disponibles para la población que se encuentra en mayor desventaja o con mayor grado de vulnerabilidad. El plexo de programas que dependen de este Ministerio se integra, a la fecha, por diferentes normas (leyes, decretos y resoluciones) que se han ido incorporando en el tiempo. A continuación transcribiré algunos de los programas sociales vigentes a la fecha —únicamente aquellos que se vinculen directa o indirectamente al derecho de vivienda, según informa la página web oficial del Ministerio de Desarrollo Social, consignando la normativa que en cada caso respalda el programa (*www.buenosaires.gov.ar/areas/des_social/atención_inmediata*):

– Programa Apoyo a Familias en Situación de Calle (dec. 690/06/dec. 960/08, resol. 1554-MDSGC/08 que ha aumentado los montos del subsidio de un total de $ 2.700 al de $ 4.200).
– Programa de Emergencia Habitacional:
  Programa de Ayuda Familias Villa Cartón (dec. 274/07, dec. 367/07, dec. 144/09, resol. 290/09); Programa de Ayuda Ocupantes de Caracas 2787 (dec. 1499/08); Programa de Asistencia Familias ocupantes de terrenos TBA (dec. 363/09).
– Programa Atención Habitacional Transitoria: Programa de Apoyo Habitacional (dec. 1234/04, dec. 97/05, dec. 574/09).
– Programa Atención en Situación de Emergencia Social (Programa Buenos Aires Presente (dec. 2018/99) y línea 108 (dec. 1945/05).

- Programa de Formación e Inclusión para el Trabajo- Inclusión laboral de las personas en situación de pobreza y con problemas de empleo (FIT, dec. 578/08, resol. 1136-MDSGC-08)
- Programa Atención a los Sin Techo: alojamiento, comida y atención profesional, previa admisión, para estadías prolongadas: *a)* Hogares propios: Mujeres u Hombres mayores de 18. Mujeres: Hogar Félix Lora; Hombres: Hogar 26 de Julio; *b)* Hogares Conveniados: Hogar Monteagudo, Hogar del Ejército de Salvación, Hogar El Refugio; Hogar El Amparo; Hogares de Caritas).
- Centro de Inclusión Social Costanera Norte: hombres, mujeres solas o con hijos, familias: comprende albergue, desayuno y cena, talleres de capacitación, atención médica primaria, atención social inmediata, tratamiento profesional para revinculación.
- Paradores nocturnos: pernocte, desayuno y cena, atención profesional por tiempo acotado de estadía: Parador Retiro (sólo hombres), Parador Bepo Ghezzi, Parador de Mujeres Azucena Villaflor.
- Hogares de Residencia Permanentes para Adultos Mayores: (Marco Regulatorio de establecimientos y atención gerontológica ley 661/01, ley 1003/02, ley 1710/05, ley 2935/08; Reglamentos de Admisión, Permanencia, Egreso, Derechos y Obligaciones, de los Centros Residenciales para Adultos Mayores, resol. 7 SSTED-08, resol. 17-SSTED-08, resol. 1678-MDSGC-08).
- Programa Vivir en Casa. Subsidios alternativos a la institucionalización para adultos mayores (dec. 211/07, resol. 344-MDHy SG/07)

La misma página indica la existencia de programas para brindar vivienda y asistencia a mujeres víctimas de la violencia, a personas con necesidades especiales, a niños y adolescentes, etc. De tal modo, teniendo en cuenta que se trata de un sitio público que difunde información oficial, no cabe presumir que los mencionados programas no brinden el servicio que se informa, en especial aquellos que por su entidad se respaldan en normativa específica.

En todo caso, si así no fuera, correspondía a quien tenía la carga de acreditar la regresividad que invoca, acreditar la inexistencia o ineficacia de los programas complementarios, alternativos o subsidiarios al dispuesto por el dec. 960/08.

10. En definitiva, a la luz de de la descripción efectuada precedentemente de la política de vivienda de la Ciudad de Buenos Aires, considero que no es posible determinar —aplicando el método ya explicitado de abordar la comparación en conjunto por institución, en este caso asistencia a las personas en situación de calle—, al menos en abstracto, que las cláusulas del dec. 960/08 que la accionante impugna determinen que la política habitacional con relación a grupos de extrema vulnerabilidad pueda entenderse regresiva. Ello por cuanto no se ha acreditado que las objeciones señaladas no resulten superadas o comprendidas por otros programas u acciones del demandado dispuestas para las áreas que se han analizado.

La ubicación o dispersión de ciertas operatorias en otros programas sociales, así como las circunstancias de que hayan variado las modalidades de gestión de los planes o políticas de un sector, no puede por sí sólo determinar que exista regresividad en el conjunto normativo a considerar. Ello significa, más bien, que se han desconcentrado las modalidades de asistencia estatal en distintos planes en función de una decisión de gestión, que puede ser mejor o peor en términos de eficacia, pero resulta insuficiente para evaluar en lo sustancial que la política habitacional así dispuesta resulta regresiva. No debe olvidarse que el escrutinio de constitucionalidad que propone esta vía procesal elegida (art. 113, inc. 2º, CCBA) debe efectuarse en abstracto.

10.1. Así por ejemplo, en cuanto a la supresión de la obligación estatal de orientación, apoyo y asesoramiento para la solución del problema habitacional (art. 1°, dec. 960/08), pueden identificarse una variedad de programas que van desde la obtención de créditos para la vivienda hasta la capacitación para obtener empleo (Programa FIT, dec. 578/08, resol. 1136-MDSGC-08) o para desarrollar microemprendimientos (programa Promudemi, ley 2924/08) para poder superar la situación de calle. Por lo demás, comparto las apreciaciones del Dr. Casás en el punto 3.1 de su voto y entiendo, tal como lo señala mi colega, que la circunstancia de que se encuentre suprimida la frase en cuestión que expresa el deber de orientar, apoyar y facilitar la superación de la situación de desamparo por carencia de vivienda, no releva al gobierno de ocuparse de ello en tanto se trata de medidas o deberes que no pueden desvincularse de obligaciones básicas y fundamentales hacia la población pero, claro está, nada obsta a que encaucen por otros caminos.

10.2. Lo mismo ocurre con el requisito previsto en el art. 2° del dec. 960/08, en cuanto reduce los destinatarios del programa a aquellas personas o grupos familiares que se encuentran efectivamente en situación de calle. No se ha acreditado que no existan otros programas o soluciones diseñadas para quienes se encuentren en una situación tal que les permita avistar un problema habitacional en un futuro próximo, aun cuando no sea una realidad en el momento de solicitar la ayuda que brinda el subsidio. La omisión de contemplar al grupo de potenciales personas o familias en situación de calle no conduce necesariamente a asumir su desprotección dentro del esquema de asistencia previsto desde el gobierno y sus ministerios. En este sentido, la falta de atención o de protección por no admitir a quienes no se encuentran en una situación actual de desamparo habitacional debió haber sido acreditada y no sólo no lo fue, sino que, además, tampoco puede presumirse en orden a los restantes programas existentes en materia de vivienda y de ayuda social. Por lo demás, parece lógico tratar de evitar que los recursos del programa se distribuyan entre quienes se encuentren efectivamente en situación de desamparo y postergue a quienes pueden continuar en una situación que, si bien puede no ser satisfactoria, no necesariamente implica la situación de calle (como ejemplo puede citarse la persona que comparte la vivienda con otros familiares ante la imposibilidad de acceder a la propia; si se admite la presentación y se le adjudica el subsidio, ello le permite abandonar la casa

familiar y habitar independientemente. Está claro que si no logra obtener el subsidio no puede avanzar con esa opción, pero tampoco se encuentra en una situación peor que quien está en *efectiva* situación de calle).

Al respecto, corresponde destacar que, como fuera ya dicho al sentar la interpretación del art. 31, CCBA, el diseño del sistema de protección previsto a nivel constitucional en la Ciudad para abordar los problemas habitacionales contempla ciertas prioridades, incluso dentro del universo de personas necesitadas de ayuda. En este marco, tampoco se ha demostrado que aquellas personas a las que actualmente beneficia el Programa de Atención para Familias en Situación de Calle —familias o personas solas *en situación de calle efectiva y comprobable*— no se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad que aquellas otras que, en principio, no resultan contempladas expresamente para el subsidio por el decreto en cuestión —personas *en riesgo* de ser desalojados o ante la *inminencia* de encontrarse en situación de calle.

Por lo demás, la reglamentación del dec. 960/ 08 (art. 4°, Anexo) contempla para los casos de riesgo o inminencia, la posibilidad de iniciar ante la autoridad de aplicación un trámite administrativo de "preaceptación" de ingreso al programa, instaurado con el objetivo de que ese peticionante no llegue a una situación de calle efectiva, a partir del seguimiento y control que el GCBA debe efectuar en cada caso concreto. Cabe aclarar en este sentido que la accionante tampoco ha brindado argumentos que permitan concluir que esas tareas de seguimiento y control que se ejercen en la actualidad en los términos del dec. 960/08 y su reglamentación resulten improductivas, ineficaces o no se cumplan por algún motivo.

10.3. La modificación del art. 4°, al establecer que el subsidio "tendrá como único destino cubrir gastos de alojamiento" y sólo de manera excepcional podrá ser destinado a la "obtención de una solución definitiva para la problemática habitacional de la familia", carece de entidad para ser entendida como una restricción en la política habitacional que pueda ser considerada como retroceso inadmisible desde el punto de vista constitucional. En efecto, como ya ha sido señalado en este voto, la política habitacional — entendida en la amplitud abarcada por el art. 31, CCBA— no puede ceñirse a lo dispuesto en un artículo aislado. Las soluciones definitivas bien pueden ser alcanzadas por otros programas o medidas que faciliten o propicien la construcción de unidades de vivienda o su adquisición, sin olvidar que además, este programa en concreto es contemplado como una herramienta *transitoria* de fortalecimiento familiar con fines *exclusivamente habitacionales* y dentro del marco de programas *asistenciales* a cargo del Ministerio de Desarrollo Social. Además, tampoco se ha desestimado absolutamente el destino de los fondos para una solución definitiva, pues aunque ahora la norma señala su excepcionalidad y antes no lo hacía, lo cierto es que —en este tipo de programas de ayuda puntual y transitoria— siempre será excepcional que los fondos puedan ser canalizados hacia el logro de una solución habitacional definitiva si no es cuando el peticionante se encuentre vinculado a algún otro tipo de emprendimiento o proyecto de vivienda. En este sentido, la accionante no ha demostrado cómo y por qué esta modificación,

más gramatical que sustancial, ha afectado o dejado fuera de posibilidades al grupo de personas y familias destinatarios del dec. 960/08.

10.4. Por último, el art. 5° del dec. 960/08 — que exige una residencia de dos años en la Ciudad cuando anteriormente se requería un año— tampoco puede, por sí sólo y aisladamente, ser valorado para catalogar la política habitacional del sector al cual se dirige el decreto en cuestión.

Esta decisión parece destinada a priorizar, en la asignación de los recursos públicos, a quienes tienen residencia estable en la Ciudad por ante quienes pueden estarlo en forma transitoria —por búsqueda de trabajo, por un tratamiento médico o cualquier otra circunstancia— y esta decisión política, en abstracto, no es cuestionable por sí desde que, cualquiera sea el lapso de residencia del peticionante, el Estado local estará obligado a prestar ayuda a través de paradores u hogares previstos en los distintos planes sociales del Ministerio de Desarrollo Social. En otras palabras, no es posible para el gobierno local desentenderse de la situación de desamparo de quienes se encuentran habitando en la Ciudad de Buenos Aires y tampoco se ha alegado ni probado tal circunstancia, aun cuando la asistencia no llegue por la vía del plan dispuesto por el dec. 960/08.

De todos modos, la reglamentación del dec. 960/08 (art. 11, punto b.4. del Anexo) precisa que "las familias o personas solas que hayan obtenido la cuota de emergencia, cumplan con los demás requisitos exigidos, y acrediten una residencia en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de un (1) año o mayor, serán evaluadas... a fin de determinar su inclusión definitiva al Programa. No obstante ello, tendrán preferencia de ingreso las que en similares condiciones acrediten una residencia de dos (2) o más años en la ciudad". Es decir, se prevé una evaluación de la situación de aquellas personas que posean más de 1 año de residencia pero no alcancen los 2 años. Esta instancia de evaluación por parte de la autoridad de aplicación implica que la residencia de 2 años no es un requisito absoluto de procedencia del subsidio, ni una postura cerrada de la Administración para concederlo o denegarlo en virtud de un lapso de residencia considerado aisladamente.

Esta excepción revela que, tal como ocurre con los restantes artículos cuestionados, se contempla dentro de la misma normativa una flexibilización de la regla, lo que revalida una vez más la premisa de análisis de la cual he partido en este caso: el confronte "por institución" cuando se trata de una política pública que debe ponderarse coordinadamente dentro de un sistema normativo.

10.5. La resol. 1554/08 del Ministerio de Desarrollo Social no tiene otro contenido que reglamentar el dec. 960/08. Si bien la actora ha considerado que las objeciones formuladas a la validez del decreto son extensivas a su reglamentación, debiendo quedar ésta también invalidada, lo cierto es que —por no existir una impugnación autónoma de esta reglamentación— el rechazo de los cuestionamientos efectuados al dec. 960/08 determina la misma suerte para la normativa de referencia.

11. En suma, la parte accionante ha decidido cuestionar la modificación de un decreto que prevé programas de subsidios a personas en situación de calle. Es

decir que la mencionada norma abarca sólo una porción de la política habitacional y sólo una porción de la política social; precisamente la parte en la que ambas confluyen.

Por otra parte, tampoco ha impugnado la totalidad del decreto en cuestión, desde que el mismo establece también ciertos beneficios para los peticionantes, como por ejemplo un aumento en los montos por los cuales se otorgan los subsidios.

Como lo he anticipado desde el inicio de este voto, no parece sensato ni de buena técnica judicial deslindar el articulado de un complejo normativo que intenta establecer una determinada política pública, aun cuando lo sea parcialmente y únicamente con relación a un sector determinado, en tanto —por supuesto— la naturaleza de la cuestión no determine la posibilidad de su tratamiento por separado en razón de la autonomía de la objeción; por ejemplo, la exigencia de nacionalidad argentina o de determinada la edad, que se consideran cláusulas impugnables por sí mismas (por caso, expte. n° 826/01, "Salgado Graciela Beatriz c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad" del 11/4/2001; expte. n° 4172/05 "ADC c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", entre otros).

Resulta prácticamente imposible evaluar el tema propuesto a debate por fuera del conjunto de disposiciones vinculadas con las que se coordina y lleva adelante la política habitacional en materia de vivienda y de desarrollo social. En este aspecto, la actora no ha aportado elementos de comparación u análisis de los programas que se llevan adelante, de donde he considerado algunos que son públicos por remitir a leyes de la Legislatura o a programas enunciados en sitios oficiales, pero que no son suficientes para arribar a una decisión contundente.

En tales condiciones y por los motivos expuestos a lo largo de mi voto, estimo que debe sostenerse la validez de la normativa impugnada pues no ha quedado demostrada la alegada regresividad de la política habitacional con relación al grupo de familias y personas en situación de calle, al menos en abstracto. El mero hecho de que ciertas modalidades o prestaciones accesorias que antes integraban una misma norma ahora aparezcan reguladas en otros programas o deferidos a su evaluación por la autoridad de aplicación, no resulta suficiente para declarar la inconstitucionalidad del dec. 960/08 por entrañar regresividad respecto de la norma anterior, dec. 690/06.

No debe perderse de vista que la declaración de inconstitucionalidad de una norma constituye una medida de extrema gravedad institucional que la convierte en la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, por lo que —más allá de la coincidencia o discrepancia personal o de algún grupo de la comunidad— lo cierto es que sólo puede ser declarada "inconstitucional" cuando se evidencia una palmaria vulneración de los principios, derechos y garantías contenidos en el plexo constitucional.

12. La conclusión acerca de la validez constitucional en abstracto que hoy se juzga, no implica la imposibilidad de reclamar —administrativa o judicialmente mediante el control difuso— en un caso concreto sobre la base de condiciones y antecedentes frente a los cuales, eventualmente, la normativa aplicada pueda vulnerar el ejercicio de un derecho o interés tutelado por la Constitución o las leyes.

Por las consideraciones expuestas, voto por rechazar la presente acción declarativa de inconstitucionalidad

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Precisiones introductorias

La estrategia argumentativa que fuera elegida por el Gobierno de la Ciudad, la complejidad de los conflictos sociales implicados en la acción deducida que califican la importancia del tema en debate, y la dimensión igualmente compleja del discurso judicial que debe decidir la controversia normativa traída ante el Tribunal por la señora asesora general tutelar provocan las consideraciones que siguen y que, en un marco diferente, parecerían innecesarias.

Los derechos económicos, sociales y culturales tienen plena vigencia y la más alta jerarquía en el derecho positivo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. A su enérgica consagración en la Constitución Nacional y en la de la Ciudad (v. gr.: arts. 5º y 14 bis —entre otros— y 17, 20, 21, 23, 26 y 31 —entre otros—, respectivamente) se suma su privilegiada protección por el derecho internacional de los derechos humanos, con fuente en instrumentos internacionales que gozan de *status* constitucional en la Argentina.

Los compromisos asumidos por el Estado local son explícitos y rigurosos, los derechos económicos, sociales y culturales tienen plena vigencia y son judicialmente exigibles.

No hay, pues, una categoría de "derechos programáticos", menos exigibles que otros "derechos operativos". Esta distinción carece de arraigo normativo, responde únicamente a preferencias y/o a concepciones anacrónicas sobre modelos de Estado posibles, y no podría seriamente ser tenida en cuenta por el Tribunal.

Sin embargo, ante la insistencia con que distintos operadores jurídicos han planteado y defendido explícita o implícitamente esa distinción, me referiré a algunos de sus argumentos más frecuentes. Es habitual referirse a los derechos humanos como si pertenecieran a diversas generaciones: los derechos civiles y políticos —ligados a las libertades individuales— son denominados derechos de primera generación, y los derechos económicos, sociales y culturales —entre los que se incluyen el derecho a una vivienda digna y un hábitat adecuado—, como de segunda y tercera generación.

Existe también una igualmente infundada creencia en que los derechos civiles y políticos exigen del Estado un comportamiento pasivo, de abstención, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales, requieren prestaciones, que se traducen en obligaciones positivas que implican gasto, y son propias de un modelo de Estado. Cabe aclarar que, en cualquier caso, las distinciones mencionadas no conllevan consecuencias restrictivas en cuanto a la exigibilidad y tutela judicial efectiva de algunos derechos, frente al texto de la Constitución Nacional, que les otorga idéntica jerarquía.

De igual modo es erróneo atribuir a los derechos económicos, sociales y culturales la "originalidad" y el problema de generar un "gasto estatal" y no hacerlo

con los derechos civiles y políticos, como si respecto a estos últimos la actividad del Estado orientada a protegerlos no incidiera en el presupuesto, ni fuera objeto de previsión en él. Véanse por ejemplo el derecho de propiedad o el sufragio universal: ninguno de ellos es visualizado como integrante del universo de las llamadas "acciones positivas" a cargo de los órganos estatales y consecuentemente son pensados como si no generaran gasto alguno. Sin embargo, la función jurisdiccional de los fueros civil, comercial y penal, el trabajo de los registros nacionales y de las fuerzas de seguridad y prevención se orientan a la protección del derecho de propiedad. Se trata sin duda de obligaciones con contenido positivo, que implican un importante desembolso de recursos presupuestarios. Lo mismo ocurre con la organización regular de elecciones y la financiación de las campañas de los partidos políticos.

Tal vez la "naturalidad" con que se ignora la incidencia de ciertos "gastos estatales", y por otro lado se insiste en la dificultad para atender otros, resida en que el gasto destinado a sostener la maquinaria estatal que garantiza el derecho de propiedad beneficia sólo a quienes poseen bienes, mientras que el gasto en planes sociales beneficiará especialmente a quienes carecen de tales bienes: los sectores de la sociedad invisibilizados por su marginalidad y pobreza.

En síntesis, no hay tal cosa como derechos humanos "programáticos". La plena vigencia de la Constitución no puede estar librada a la voluntad del legislador, ni existen derechos humanos que dependan de su reglamentación para ser exigibles. El derecho a una vivienda adecuada es un derecho vigente: el Estado asumió una obligación susceptible de generar responsabilidad internacional en caso de incumplimiento, que es judicialmente exigible. Acudo a Ferrajoli cuando dice "una Constitución no sirve para representar la voluntad común de un pueblo, sino para garantizar los derechos de todos, incluso frente a la voluntad popular". (Ferrajoli, Luigi: "Pasado y futuro del derecho", en *Revista internacional de filosofía política*, 17, Madrid, UNED/Universidad Autónoma Metropolitana, 2001).

2. Una relación especular: el sentido de la prohibición de regresividad o el respeto a la regla de progresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales

El art. 2.1 del PIDESC dispone que "[c]ada uno de los Estados partes (...) se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que se disponga para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos". A su turno, el art. 11 de la misma Convención establece que "[l]os Estados partes (...) reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso (...) vivienda adecuad[a] *y a una mejora continua de las condiciones de existencia*" (el destacado me pertenece). Los arts. 26 del Pacto de San José de Costa Rica y 31 de la CCBA se inscriben la misma línea.

La prohibición de regresividad, consagrada por el derecho internacional de los derechos humanos y por el derecho constitucional federal y local, es un límite a la posibilidad de reglamentación de los derechos económicos, sociales y culturales,

La evaluación constitucional que se requiere en autos es internormativa y de carácter abstracto (art 113, inc. 2º de la CCBA). Por ello, en el marco interpretativo que proveen las disposiciones constitucionales y convencionales pertinentes, y con el propósito de determinar si se afecta la regla de progresividad, es imprescindible empezar con un ejercicio de comparación entre la norma impugnada y aquella que viene a modificar.

Dicho de otro modo; cuando una norma infraconstitucional viene a sustituir a otra en la regulación de una misma materia —en este supuesto, los decs. 690/06 y 960/08— para establecer si hay afectación de principios o preceptos constitucionales, es imprescindible evaluar el alcance y extensión de los derechos reconocidos en una y en otra. En las acciones del art. 113, inc. 2º, CCBA la evaluación referida, en principio, no alude a un sujeto determinado o a un caso concreto sino que se efectúa con abstracción de personas o situaciones. Satisfecha esta primera etapa de la labor hermenéutica, la segunda consiste en mostrar si, con apoyo en el análisis anterior, hay o no hay violación del plexo constitucional.

El tema no ofrece perplejidades para la doctrina, que en general coincide en que "...la noción de regresividad puede aplicarse a normas jurídicas: es decir [aplicada a normas jurídicas], se refiere *a la extensión de los derechos concedidos por una norma (regresividad normativa).* En este sentido —no empírico sino normativo—, para determinar que una norma es regresiva, es necesario compararla con la norma que ésta ha modificado o sustituido, y evaluar si la norma posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficios concedidos por la anterior". (Courtis, Christian [comp.]: *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales,* Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006).

Por otra parte, la determinación en abstracto acerca de si los niveles de protección que ofrecen distintas normas son mejores o peores, es un ejercicio frecuente en la dogmática jurídica. También lo es en la actividad judicial donde, aunque aparezca en casos concretos, la tarea interpretativa es similar a la que he indicado en los párrafos anteriores. Así, por ejemplo, la CSJN ha decidido entre dos leyes penales cuál era *más benigna* (*Fallos,* 330:4544, 324:2826 y 310:1026). También decidió entre dos normas individuales cuál resultaba más beneficiosa para su destinatario, al revocar fallos que incurrían en *reformatio in pejus* (*Fallos,* 332:2146 y 332:523, entre otros).

En el campo de los derechos económicos, sociales y culturales, si se acredita que una norma es regresiva respecto de otra u otras que sustituye o modifica, su invalidez (constitucional o convencional) se presume. Como por principio el regreso es inconstitucional, el control de razonabilidad exigido es agravado.

Queda en cabeza del Estado producir la prueba conducente a desvirtuar la presunción, lo que en la especie implica la demostración de que el dictado de las normas objetadas resultó ineludible. La actividad argumentativa y probatoria des-

plegada por el Estado debe apreciarse en forma restrictiva estándose, en caso de duda, por la invalidez de la norma regresiva.

Llegado este punto anticipo mi opinión, que desarrollaré en los apartados que siguen, en cuanto a que la sustitución del dec. 690/06 por el dec. 960/08 supone regresividad normativa, ya que su sanción implica retroceder en el nivel de protección alcanzado por un derecho social, en el caso, el derecho a la vivienda adecuada.

Como se verá, la regresividad está acreditada y el GCBA no ha podido justificarla por ninguno de los medios admitidos, por lo que haré lugar a la acción declarativa de inconstitucionalidad intentada.

La vulneración del principio de progresividad ha de apreciarse siempre en relación al grado de protección alcanzado por los derechos económicos, sociales y culturales en el orden jurídico local, en un momento determinado.

Quiero agregar que la postura que sustento no es nueva en mis decisiones como jueza del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad. En ocasión de votar en el expte. nº 4568/06 "Toloza, Estela Carmen c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (sentencia del 9/8/2006), en el expte. nº 5033/06, "Moravito, Pilar Rosa c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (sentencia del 11/12/2007), y en muchos otros sostuve que: "[e]l Estado no puede adoptar por acción u omisión conductas regresivas en materia de derechos humanos. Si lo hace debe justificar —lo que no ha ocurrido en estos autos— por qué sus recursos no le permiten seguir atendiendo las necesidades de quienes reclaman judicialmente por la afectación de un derecho constitucional básico, como es el de la vivienda digna. En el caso, la regresividad que no es tolerada ni por el orden jurídico nacional ni por el local, se configura respecto del derecho a la vivienda digna".

La Observación General 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, acerca de "[l]a índole de las obligaciones de los Estados partes", es una fuente normativa que resulta ineludible para caracterizar el principio de progresividad. Allí, el Comité interpreta que: "La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párrafo 1 del art. 2º es la de adoptar medidas 'para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]'. La expresión 'progresiva efectividad' se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el art. 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar

la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata...".

Cuando el PIDESC y el Comité admiten que la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales requerirá tiempo, ello implica que aquellos aspectos de los derechos económicos, sociales y culturales que impliquen una prestación por parte del Estado deberán garantizarse progresivamente, de manera que, en principio, no puede exigirse su satisfacción total en forma inmediata. Este enfoque realista de los derechos en juego no hace más que agravar las obligaciones del Estado que, dotado de un dispositivo dúctil y de un plazo razonable, no puede evadir su obligación de mejorar progresivamente las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales protegidos por el PIDESC. De hecho, la interpretación del comité despeja toda duda posible acerca del carácter operativo de las disposiciones del Pacto, pues ninguna consideración acerca de un plazo para la efectividad de los derechos hubiera sido necesaria si se tratara de meras declaraciones programáticas.

La cita transcripta concluye diciendo: "[por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata]. Éste impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga".

Según la interpretación del Comité —que debe valorarse como lo establezco en el apart. 3 de este voto— la limitación objetiva de los recursos disponibles en el Estado local no es, en sí misma, capaz de justificar una medida regresiva. En este contexto, es una carga de los Estados demostrar que las normas contrarias al principio de progresividad resultan razonables en referencia a la totalidad de los derechos previstos en el PIDESC; que la extensión de los derechos económicos, sociales y culturales, introducidas las normas regresivas, es mejor o mayor, o bien, que las normas regresivas son imprescindibles aun con el aprovechamiento del máximo de los recursos disponibles.

Lejos estuvo el demandado de cumplir esta carga probatoria, como se verá más adelante.

3. El plexo normativo y jurisprudencial que define la prohibición de regresividad

El alcance de la protección constitucional del derecho a la vivienda adecuada y la determinación de sus contenidos mínimos fijan un horizonte de sentido. Trataré a continuación los conceptos y categorías provistos por el derecho internacional,

nacional y local en los que se sustenta la caracterización del dec. 960/08 como una regresión insostenible al interior del orden jurídico porteño

Derecho a la vivienda adecuada

La Constitución Nacional y los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos de la misma jerarquía (art. 75, inc. 22, C.N.) reconocen el derecho de acceso a la vivienda adecuada. Así, el art. 14 bis de nuestra C.N. reconoce el derecho de acceso a una vivienda digna. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención sobre los Derechos del Niño también lo garantizan (arts. 25, 11, 11 y 27, respectivamente).

La Constitución de esta Ciudad avanza activamente en la protección de este derecho fundamental. En general, su art. 10 incorpora al ordenamiento interno los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y las leyes de la Nación, afirmando la plena vigencia de las normas citadas en el párrafo anterior. Su art. 17 reconoce explícitamente el derecho a la vivienda adecuada y las obligaciones del Estado de respetarlo, protegerlo y garantizarlo. Avanza en esta línea lo establecido en el art. 31, que garantiza el derecho a la vivienda digna y el hábitat adecuado imponiendo al GCBA la obligación de resolver progresivamente el déficit habitacional.

El art. 39 de la Constitución local establece a las niñas, niños y adolescentes como sujetos de preferente tutela en cuanto a las políticas públicas. Esta consideración no es menor atentos los datos aportados por actora a fs. 3, 4 y 5; y por los amigos del tribunal a fs. 104 y 105, que no fueron controvertidos por el GCBA, en cuanto a la notable y penosa relación entre infancia y pobreza en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Es interesante indicar que muchas de las fuentes citadas provienen de documentos oficiales del Estado local.

Indivisibilidad de los derechos

La protección del derecho a la vivienda adecuada no es ni puede ser independiente de la protección de otros derechos económicos, sociales y culturales, comprometidos en el resultado de esta acción.

En este sentido, la señora asesora tutelar manifestó que "la vulneración al derecho a la vivienda adecuada tiene como consecuencia la violación a otros derechos humanos fundamentales intrínsecamente relacionados con éste, como la autonomía personal; el derecho a la salud, integridad y vida; y el derecho a la igualdad; entre otros" (fs. 6).

En la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán se elaboró la Proclama de 1968 en la que se dijo: "Como los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible". En el preámbulo del Protocolo de San Salvador —protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos—, los Estados parte se hacen eco de "la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos,

sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros".

El más básico derecho a la vida no puede juzgarse garantizado sin el acceso a una vivienda digna. El pleno goce de otros derechos básicos, incluidos los civiles, no puede concebirse en ausencia de una vivienda adecuada, así, quien vive en la calle pierde su privacidad y ve gravemente vulnerado su derecho a la unidad familiar, y su autonomía individual, que consiste especialmente en poder elegir y llevar a cabo el propio plan de vida.

Contenido del estándar

Las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos deben interpretarse a partir de las decisiones jurisprudenciales y de las opiniones y dictámenes de los órganos del sistema internacional e interamericano.

La CSJN reconoció el carácter de fuente interpretativa de la jurisprudencia de los organismos internacionales, *in re* "Giroldi" (*Fallos*, 318:514), cuando decidió: "*11.* Que la ya recordada 'jerarquía constitucional' de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (consid. 5°) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, 'en las condiciones de su vigencia' (art. 75, inc. 22, párr. 2°), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación.

De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (conf. arts. 75, C.N., 62 y 64, CADH y 2°, ley 23.054)".

En el fallo "Aquino", la Corte Federal resolvió específicamente que: "*8.* (...) En este orden de ideas, cuadra poner de relieve la actividad del comité de DESC, por cuanto constituye el intérprete autorizado del PIDESC en el plano internacional y actúa, es bueno acentuarlo, en las condiciones de vigencia de éste, por recordar los términos del art. 75 inc. 22, de la C.N." (2652.XXXVIII. Recurso de hecho "Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley 9688"—, sentencia del 21/9/2004).

Al decidir la causa "Espósito", confirmó que resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino (art. 68.1, CADH) lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos "...por lo cual también esta Corte, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional" (E.224.XXXIX. "Espósito, Miguel Ángel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa", sentencia del 23/12/2004).

En ejercicio de las competencias asignadas por la resol. 1985/17 del ECOSOC, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales elaboró la Observación General 4, que especifica el contenido del derecho a la vivienda adecuada. Es en relación a lo establecido en esta Observación General que debe considerarse la norma impugnada, a fin de determinar si implica un retroceso respecto de la que modificó. A continuación reproduzco los fragmentos más pertinentes:

"...De conformidad con el párr. 1º del art. 11 del Pacto, los Estados partes 'reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, *incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia*'. Reconocido de este modo, el derecho humano a una vivienda adecuada tiene una importancia fundamental para el disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales". (El destacado es propio en este párrafo y los que siguen).

"...El derecho a una vivienda adecuada se aplica a todos. Aun cuando la referencia 'para sí y su familia' supone actitudes preconcebidas en cuanto al papel de los sexos y a las estructuras y actividad económica que eran de aceptación común cuando se adoptó el Pacto en 1966, esa frase no se puede considerar hoy en el sentido de que impone una limitación de algún tipo sobre la aplicabilidad de ese derecho a las personas o los hogares en los que el cabeza de familia es una mujer o a cualesquiera otros grupos. Así, el concepto de "familia" debe entenderse en un sentido lato. Además, tanto las personas como las familias tienen derecho a una vivienda adecuada, independientemente de la edad, la situación económica, la afiliación de grupo o de otra índole, la posición social o de cualquier otro de esos factores. *En particular, el disfrute de este derecho no debe estar sujeto, según el párr. 2º del art. 2º del Pacto, a ninguna forma de discriminación*".

"...En opinión del Comité, el derecho a la vivienda *no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte.* Y así debe ser por lo menos por dos razones. En primer lugar, el derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales que sirven de premisas al Pacto. Así pues, "la dignidad inherente a la persona humana", de la que se dice que se derivan los derechos del Pacto, exige que el término "vivienda" se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, y principalmente que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos. En segundo lugar, la referencia que figura en el párr. 1º del art. 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada. Como han reconocido la Comisión de Asentamientos Humanos y la Estrategia Mundial de Vivienda hasta el Año 2000 en su párr. 5º: "El concepto de 'vivienda adecuada'... *significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas,*

una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable".

"...Así pues, el concepto de adecuación es particularmente significativo en relación con el derecho a la vivienda, puesto que sirve para subrayar una serie de factores que hay que tener en cuenta al determinar si determinadas formas de vivienda se puede considerar que constituyen una 'vivienda adecuada' a los efectos del Pacto. Aun cuando la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, el Comité considera que, aun así, es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos en cualquier contexto determinado. Entre esos aspectos figuran los siguientes:

a) *Seguridad jurídica de la tenencia.* La tenencia adopta una variedad de formas, como el alquiler (público y privado), la vivienda en cooperativa, el arriendo, la ocupación por el propietario, la vivienda de emergencia y los asentamientos informales, incluida la ocupación de tierra o propiedad. *Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas.* Por consiguiente, los Estados partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados.

b) *Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura.* Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia.

c) *Gastos soportables.* Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sea, en general, conmensurado con los niveles de ingreso. *Los Estados partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda.* De conformidad con el principio de la posibilidad de costear la vivienda, se debería proteger por medios adecuados a los inquilinos contra niveles o aumentos desproporcionados de los alquileres. En las sociedades en que los materiales naturales constituyen las principales fuentes de material de

construcción de vivienda, los Estados partes deberían adoptar medidas para garantizar la disponibilidad de esos materiales.

d) *Habitabilidad.* Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la OMS, que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas.

e) *Asequibilidad. La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda.* Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos HIV positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de esos grupos. En muchos Estados partes, el mayor acceso a la tierra por sectores desprovistos de tierra o empobrecidos de la sociedad debería ser el centro del objetivo de la política. Los Estados deben asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho.

f) *Lugar.* La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. Esto es particularmente cierto en ciudades grandes y zonas rurales donde los costos temporales y financieros para llegar a los lugares de trabajo y volver de ellos puede imponer exigencias excesivas en los presupuestos de las familias pobres. De manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes.

g) *Adecuación cultural.* La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la

diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar porque no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y porque se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos".

"...Como se señaló anteriormente, el derecho a una vivienda adecuada no puede considerarse aisladamente de los demás derechos que figuran en los dos pactos internacionales y otros instrumentos internacionales aplicables. Ya se ha hecho referencia a este respecto al concepto de la dignidad humana y al principio de no discriminación. Además, el pleno disfrute de otros derechos tales como el derecho a la libertad de expresión y de asociación (como para los inquilinos y otros grupos basados en la comunidad), de elegir la residencia, y de participar en la adopción de decisiones, son indispensables si se ha de realizar y mantener el derecho a una vivienda adecuada para todos los grupos de la sociedad. De manera semejante, el derecho a no ser sujeto a interferencia arbitraria o ilegal en la vida privada, la familia, el hogar o la correspondencia, constituye una dimensión muy importante al definir el derecho a una vivienda adecuada".

"...La vigilancia eficaz de la situación con respecto a la vivienda es otra obligación de efecto inmediato. *Para que un Estado parte satisfaga sus obligaciones en virtud del párr. 1º del art. 11, debe demostrar, entre otras cosas, que ha tomado todas las medidas que son necesarias, sea sólo o sobre la base de la cooperación internacional, para evaluar la importancia de la falta de hogares y la vivienda inadecuada dentro de su jurisdicción.* A este respecto, las directrices generales revisadas en materia de presentación de informes adoptadas por el Comité (E/C.12/1991/1) destacan la necesidad de "proporcionar información detallada sobre aquellos grupos de [la] sociedad que se encuentran en una situación vulnerable y desventajosa en materia de vivienda". Incluyen, en particular, las personas sin hogar y sus familias, las alojadas inadecuadamente y las que no tienen acceso a instalaciones básicas, las que viven en asentamientos 'ilegales', las que están sujetas a desahucios forzados y los grupos de bajos ingresos".

4. Por qué los arts. 1º, 2º, 4º y 5º del dec. 960/08 son inconstitucionales

En los términos en que fuera admitida la acción, por la mayoría del Tribunal, consideraré los arts. 1º, 2º, 4º y 5º del dec. 960/08, a fin de mostrar —como ya anticipé— por qué son violatorios de la prohibición de regreso, y por qué la conducta del GCBA no se adecuó a la exigencia enunciada en el segundo apartado de este voto.

– El art. 1º del dec. 960/08 es deliberadamente regresivo, en cuanto excluye "la búsqueda de distintas estrategias de solución a su problemática habitacional" de los objetivos del Programa e identifica como su *objetivo primordial* al "...fortalecimiento transitorio del ingreso familiar con fines exclusivamente habitacionales, debiendo los fondos otorgados estar destinados a cubrir gastos de alojamiento".

Es de toda evidencia que el GCBA ha abdicado de su obligación de orientar a las familias y personas en situación de calle en la búsqueda de una

solución definitiva. Esto es un retroceso en la amplitud de los compromisos asumidos (dec. 690/06), funcional a un enfoque parcial y transitorio de las soluciones ofrecidas y sintomático de la finalidad general que ha guiado la reforma aquí impugnada: la desaparición de cualquier atisbo de política pública para hacer frente a la emergencia habitacional que afecta a muchos vecinos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Empleo aquí el término "política" en su más amplia acepción, de manera que implica la determinación de un objetivo claro, previsión en su diseño, evaluación de su implementación técnica, etcétera.

El GCBA no asume una estrategia superadora de las manifestaciones genéricas de su propuesta anterior (dec. 690/06) sino que atenúa y relativiza su compromiso. El resultado es la total desaparición de lo que era apenas —en el dec. 690/06— el punto de partida para una política pública.

No debe olvidarse que la obligación asumida por el GCBA al manifestar los objetivos del Programa en el dec. 690/06, de la que abdica mediante el dec. 960/08, tenía como contrapartida el derecho de los beneficiarios del programa a exigir judicialmente al Estado local la orientación en la búsqueda de la solución definitiva para su carencia habitacional. Esa obligación que formaba parte del universo de garantías de los derechos fundamentales (dec. 690/06) ya no sería exigible según la redacción del dec. 960/08: el derecho a la vivienda adecuada estaba mejor garantizado por la normativa anterior. No ha habido tampoco entre una y otra norma una mejora general en el estatuto de los derechos humanos que permita justificar el retroceso. Por ello, la modificación operada por el art. 1º de la norma impugnada implica una regresión prohibida.

El GCBA negó que haya existido un cambio regresivo en los objetivos del Programa (fs. 55). En su apoyo, afirmó que el objetivo de "fortalecer transitoriamente el ingreso familiar con fines exclusivamente habitacionales" (nueva redacción) es preferible a "*solo* mitigar los efectos del desarrollo habitacional". Esto no aparece como el resultado de un razonamiento, ni cuenta con sustento argumental alguno. Se trata de una afirmación dogmática que además evade el foco de la discusión. Como quedó establecido, no es el texto transcripto lo que se objeta, sino la exclusión de la "orientación en la búsqueda de la solución definitiva". El demandado manifiesta que continúa brindando el correspondiente asesoramiento, pero no documenta sus dichos. La referencia a la resol. 1554/GCBAMDSGC/08 aparece desconectada en incapaz de de servir de "cabal prueba" de la postura del GCBA.

– En su desdichada labor de volver la espalda una vez más al conflicto social en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, incumpliendo así innumerables mandas constitucionales y convencionales, el GCBA excluye de su "Programa" a las personas cuya situación de calle no es actual sino

inminente, sin haber alegado que ofrece algún otro tipo de asistencia para quienes quedan excluidos del subsidio.

La gravedad de esta actitud fue destacada muy especialmente por la Defensora del Pueblo, en coincidencia con lo manifestado por la actora: la Administración está exigiendo la producción de un daño para garantizar un derecho. Esto es, institucionaliza como requisito para acceder a una prestación —que de todos modos está muy lejos de satisfacer el estándar de vivienda adecuada—, que el grupo familiar se vea expuesto a todas las contingencias de "estar en la calle".

La razonabilidad de una legislación que además de regresiva exige la producción de un daño, debe interpretarse en forma más que restrictiva y con la mayor severidad. En estos términos, las endebles y confusas manifestaciones del GCBA acerca del "concepto de *excepcionalidad"* —como si fuera admisible que la garantía de los derechos fundamentales constituya una excepción— no comienzan a aclarar, ni mucho menos justifican, las razones que lo llevaron a desistir de todo indicio de una política pública en materia de vivienda.

El requisito introducido por el art. 2º del dec. 960/08 acentúa el camino a la deserción del Estado local de la prevención de violaciones de los derechos humanos. Esto, en palmaria infracción de la obligación reconocida por la CIDH en la causa "Velásquez Rodríguez c/Honduras": "El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos..."; agudizada por la existencia, sin perjuicio de la obligación general, de una exigencia especial y agravada de prevenir los desalojos, así el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General 7 interpretó que "...[una legislación contra desalojos] debería comprender medidas que *a)* brinden la máxima seguridad de tenencia posible a los ocupantes de viviendas y tierras...", y que "habida cuenta de la creciente tendencia que se da en algunos Estados a que el gobierno reduzca grandemente su responsabilidad en el sector de la vivienda, *los Estados partes deben velar por que las medidas legislativas y de otro tipo sean adecuadas para prevenir y, llegado el caso, castigar los desalojos forzosos...*" (el destacado es propio).

El GCBA mantiene que esta norma "[n]o reduce la población destinataria, sino que fortalece los derechos constitucionales expresamente reconocidos como el de igualdad ante la ley, para que no se desvirtúen los fines perseguidos por el programa" (fs. 56 vta.). Agrega que el dictado del dec. 960/08 "...progresa también aclarando absolutamente el 'universo poblacional' asistido por el dec. 690/06 e identificando a la autoridad de aplicación". Es cierto que la norma cuestionada identifica a la población destinataria del Programa e indica qué órgano es su autoridad de aplicación, pero de ninguna manera puede sostenerse que esto implica un progreso. Desde

luego, no toda modificación es progresiva. El verdadero efecto que el demandado oculta tras el eufemismo de "aclarar el universo poblacional" es la exclusión de todas aquellas personas y familias que estén en inminente situación de calle. Como ya señalé al comienzo de este apartado, esta modificación es deliberadamente regresiva. Tanto en la audiencia del 16 de diciembre de 2009, al referirse al "concepto de excepcionalidad" como a fs. 58 de su presentación cuando denuncia la existencia de un trámite de "Preaceptación", el GCBA relativiza la exclusión operada por el artículo analizado. Debo insistir en que la subsistencia de una prestación para los excluidos en nada modifica la conclusión alcanzada, pues la sustracción de un derecho del ámbito de lo judicialmente reivindicable es en sí misma una medida regresiva.

– En sentido concurrente con la modificación introducida por el art. 1º que excluyó de los fines del Programa la búsqueda de una solución habitacional definitiva, la norma cuestionada obsta el empleo de los fondos del subsidio para resolver en forma permanente la precariedad habitacional. El art. 4º, que se inscribe en la marcada tendencia al retroceso del GCBA en el ámbito de las políticas públicas habitacionales, es especialmente regresivo en la protección de un aspecto del derecho a la vivienda adecuada, esto es "la seguridad jurídica en la tenencia". La antigua redacción del dec. 690/06 priorizaba este aspecto, al menos en cuanto permitía destinar el dinero del subsidio a la adquisición de una vivienda estable. En efecto el dec. 690/06 preveía que el subsidio entregado en virtud del Programa podía aplicarse tanto a cubrir gastos de alojamiento como a hacer frente a gastos emergentes, en los casos en que a los beneficiarios se les otorgara un crédito hipotecario del Instituto de Vivienda de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, o lo solicitaran para ese fin. Como estaba redactado, el decreto autorizaba el destino de fondos del Programa a la obtención de una vivienda definitiva.

  Debe interpretarse "la seguridad jurídica en la tenencia" como el derecho de las personas a tener certeza de que contarán con una vivienda adecuada donde residir, que no les será arbitrariamente retirada. Esto no implica que la falta de vivienda propia, en principio, constituya una violación a los derechos humanos, pero es claro que hacia allí debe orientarse una política estatal protectora de los derechos económicos, sociales y culturales. La norma cuestionada se mueve en sentido contrario.

  Los beneficiarios del Programa podrán destinar el subsidio al alquiler temporal de una residencia, gasto incapaz de dar una solución definitiva y cuyos beneficios se agotan con el consumo del período de tiempo que cubren, sin que una vez concluido éste la situación de protección del derecho a la vivienda adecuada haya tenido variación alguna. En tal sentido, la norma impugnada establece prioridades y abandona la búsqueda de una solución superadora, inscribiéndose en el esquema de retiro y ausencia que

el GCBA propone con el art. 1º del dec. 960/08, compartiendo entonces su naturaleza regresiva.

En sus alusiones al art. 4º del dec. 960/08 (fs. 58 vta.), el GCBA no hizo referencia alguna al destino del subsidio, y se limitó a mencionar la materia que el artículo viene a reglar. Nada ha aportado para justificar los aspectos regresivos de la norma, por lo que corresponde mantener lo decidido en cuanto a su ilegitimidad.

– Trataré por último el art. 5º. El dec. 690/06, contaba entre los requisitos del programa la condición de "ser residente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con una antigüedad mínima de un (1) año...". La modificación introducida por el art. 5º requiere ahora 2 años de residencia en la Ciudad. La prolongación del plazo da cuenta una vez más de la voluntad del GCBA de disminuir la protección alcanzada por el derecho a la vivienda adecuada de los grupos más desaventajados y vulnerables, colectivos enteros privados de derechos.

La modificación aludida además, excluye a un universo de quienes eran potenciales beneficiarios según la normativa anterior. Se trata entonces de una regresión ilegítima. El titubeante argumento del GCBA, que pretende negar lo sustancial de esta modificación, alegando que el universo excluido podría ser excepcionalmente incluido, en nada altera esta conclusión. Al igual que en el caso del art. 1º, la desaparición de una obligación exigible y su sustitución por una potestad, constituye un retroceso prohibido. Retrocede la seguridad jurídica en la tenencia de la vivienda y la protección general del derecho a la vivienda adecuada, ya que deja de ser una garantía para convertirse en una gracia que depende únicamente de la voluntad del poder administrador. En este contexto, retrocede también la legalidad y el mismo Estado de derecho, en el cual la subordinación de la Administración a la ley y el carácter primariamente reglado de sus facultades es la regla general que asegura todos los derechos de todos los vecinos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El GCBA no ha logrado acreditar que las normas regresivas fueran razonables, o estuvieran justificadas por una mejora en el estatuto íntegro de los derechos económicos, sociales y culturales.

Tampoco acreditó que hayan resultado ineludibles en el empleo del máximo de los recursos disponibles. Este último supuesto resulta especialmente inaceptable frente a la subejecución presupuestaria denunciada por la actora y los asistentes oficiosos, y que el demandado no logró. Ni en su presentación de fs. 46/63 vta., ni en ocasión de la audiencia celebrada el 16 de diciembre de 2009 satisfizo las cargas que la imputación de regresividad le imponía.

En su primera referencia significativa a la cuestión constitucional traída por la actora, el GCBA manifestó que el dictado progresivo de normas en materia habitacional cumple la manda constitucional que "...no obliga a

la Administración a mantener *sine die* planes de subsidios habitacionales, ello no resulta coherente ni razonable ni posible en derecho". Esta afirmación no tiene relación alguna con el debate de autos, puesto que aquí no se discute la hipotética existencia de una obligación del demandado de otorgar subsidios por un plazo indeterminado, sino de efectivizar el derecho a una vivienda digna.

Iguales consideraciones merecen sus dichos de fs. 51 vta.: "Tampoco del art. 31 de CCBA, ni del art. 14 de la C.N. nace un derecho individual exigible para continuar siendo asistido por el Estado cuando se agotan las prestaciones fijadas en la normativa vigente"

Se trata en los dos casos de aseveraciones superfluas, que no pueden —por tanto— justificar el carácter regresivo de la norma impugnada, ni desvirtuar la presunción de ilegalidad que le cabe.

Voy a insistir con la cita de la Observación General 3 —a la que me referí en el apartado 2 de este voto— donde el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoció la necesidad de cumplimiento progresivo de las obligaciones del PIDESC, que no podrá "lograrse en un breve período de tiempo". Asimismo, y aunque parezca reiterativo, quiero volver a señalar que, al contrario de lo que sostiene el GCBA, esa afirmación del Comité no debe interpretarse como que otorga una franquicia en el cumplimiento de las obligaciones asumidas. El reconocimiento apuntado implica una aproximación realista a la concreción de los derechos económicos, sociales y culturales sin que ello suponga debilitar la importancia de los compromisos que los Estados asumen respecto de sus habitantes al suscribir el Pacto, ni el carácter definitivamente operativo de los derechos allí consagrados.

Las restantes afirmaciones del GCBA deben desestimarse por su generalidad, carácter tautológico o franca inconsistencia (v. gr.: fs. 53 y fs. 55).

En síntesis, los arts. 1º, 2º, 4º y 5º del dec. 960/08 son un camino de salida, la senda por la que el GCBA se retira del conflictivo escenario social de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cerrando la puerta a cualquier política pública en materia de vivienda y excluyendo especialmente a las personas más vulnerables. Su carácter regresivo es evidente con la sola lectura, que da cuenta de la voluntad evasiva del demandado. Así, la norma impugnada transgrede la limitación impuesta a la reglamentación de los derechos económicos, sociales y culturales por la prohibición de regresividad. En este contexto, el articulado objeto de la acción se presume inconstitucional. Esto según el Comité con competencia para interpretar el PIDESC, que se manifestó al respecto en su Observación General 3, aquí transcripta en su parte pertinente.

Las defensas del demandado no resistieron el análisis más inmediato y menos aún han logrado justificar el dictado de los arts. 1º, 2º, 4º y 5º del dec. 960/08 que son inconstitucionales como ya he decidido en los apartados anteriores. La tacha

de inconstitucionalidad arrastra la invalidez de la resol. 1554/GCBAMDSGC/08 en cuanto reglamenta a dichas normas.

Por las razones expuestas, corresponde declarar la inconstitucionalidad de los arts. 1º, 2º, 4º y 5º del dec. 960/08 y de su resol. regl. 1554/GCBAMDSGC/08 en lo que a ellos refiere.

Así lo voto.

Por ello, emitido el dictamen del señor fiscal general, por mayoría y como resultado de la votación que antecede,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* en forma parcial a la acción deducida y declarar la inconstitucionalidad de los arts. 2º y 4º del dec. 960/2008.

2º. *Imponer* las costas por el orden causado (art. 25, ley 402).

3º. *Ordenar* que el *Boletín Oficial de la Ciudad* publique, dentro de los tres días posteriores a su recepción, la parte dispositiva de esta sentencia con la constancia que el texto completo se encuentra a disposición de cualquier persona en la sede del Tribunal Superior de Justicia.

4º. *Mandar* que se registre, se notifique a las partes y al señor fiscal general, se cumpla con lo dispuesto en el punto 3 y, oportunamente, se archive.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás - Elizabeth A. Marum.*

CX

"PODER EJECUTIVO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES C/PODER JUDICIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES S/CONFLICTO DE PODERES"

CONFLICTO DE PODERES: Producción de prueba. Convocatoria a audiencia.

Expte. SAO n° 6836/09 - 12/5/2010

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Atento al estado de autos y previo a convocar a la audiencia prevista por el art. 6º de la ley 402, corresponde señalar, en primer lugar, que la documental acompañada en las presentaciones del Poder Ejecutivo, la Legislatura y, en su caso, por los jueces de primera instancia en lo CAyT citados en este expediente, está agregada a fs. 3/209 (Poder Ejecutivo), fs. 683/724 (Legislatura), fs. 504/575 y 837/888 (juez a cargo del JCAyT N° 6), y fs. 674/76 (juez a cargo del JCAyT N° 13) y se encuentra a disposición de todos los convocados a esta causa para su consulta hasta el momento de la audiencia, a los fines de que puedan alegar a su respecto en la audiencia de mención.

2. En segundo lugar, idéntico temperamento corresponde adoptar en relación a las copias certificadas obrantes en el Tribunal de los expedientes entregados o remitidos como resultado de la medida ordenada a fs. 74/6 y 278, punto 6, que se encuentran reservadas en Secretaría y que se remitirán a la Mesa de Entrada a los efectos de su eventual consulta.

3. En tercer lugar, habida cuenta que el Poder Ejecutivo requirió también, al efecto probatorio, las causas "Grodnitzky, Enrique Fabio c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)", expte. nº 35121/0; "García Tuñón, Laura Susana y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)", expte. nº 35117/0; "Cabrera, Alberto Raúl c/GCBA s/medida cautelar", expte. nº 34975/1 y "Berner, Norberto Carlos c/Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCBA)", expte. nº 35322/0, y que —con excepción de la última— en este Tribunal obran las copias aludidas en el punto precedente, a los fines de completarlas corresponde librar oficio a los juzgados pertinentes solicitando, dentro del plazo de cinco (5) días, la remisión de copias certificadas de las fojas siguientes a la última obrante, en cada legajo, en este Tribunal, la que será indicada en el oficio.

En relación a la causa "Berner, Norberto Carlos c/Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCBA)", expte. nº 35322/0, habrá de librarse oficio al Juzgado Nacional en lo Correccional N° 14 de la Capital Federal (véanse fs. 373 y 585/586) solicitándole, con carácter urgente y dentro del plazo de cinco (5) días, la remisión del mencionado expediente o su copia certificada, en razón de la necesidad de contar con esa documentación para su consulta con antelación a la audiencia a celebrarse durante el mes en curso y que se fija en el punto 5 de esta misma resolución. Recibida que sea se reservará en Mesa de Entradas a los mismos fines indicados en el punto 1.

4. En cuarto lugar, a la instrumental referida por los jueces a cargo de los Juzgados CAyT N° 3 (fs. 616 vta.), N° 6 (fs. 373 y 585/586) y N° 13 (fs. 622 vta.), estése a lo dispuesto en el punto anterior.

5. Proveyendo a la convocatoria de la audiencia de ley, se procede a citar a la representación legal del Poder Ejecutivo, del Poder Legislativo, al Consejo de la

Magistratura y a los jueces a cargo de los Juzgados en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nos. 3, 4, 6 y 13, y al señor fiscal general a la audiencia que se realizará el día 27 de mayo de 2010, a las 10:30 horas, en la sala de audiencias del Tribunal, para que expongan sus argumentos y formulen sus conclusiones.

Al efecto se hace saber a los convocados que podrán hacer uso de la palabra por 20 minutos y, en el siguiente orden, los órganos Ejecutivo, Legislativo, Consejo de la Magistratura, juezas y jueces a cargo de los juzgados en lo Contencioso Administrativo Nos. 3, 4, 6 y 13 y el fiscal general.

Asimismo se decide adoptar las medidas ordenatorias que el caso requiere y que de seguido se detallan, para garantizar que la audiencia pueda desarrollarse de manera que se contemplen los derechos y garantías de todos los convocados, de los medios de comunicación y del público en general (conf. arts. 14, C.N. y 10 y 12, inc. 2º, CCBA).

5.1. Disponer que el acceso de los medios de prensa a la Sala de Audiencias se efectúe previa acreditación ante la Oficina de Prensa del Tribunal.

5.2. Establecer que será el personal técnico autorizado por este Cuerpo el que efectuará la filmación y registro de la audiencia y que será la Oficina de Prensa quien entregará copia de ella a los medios que así lo soliciten (art. 8º, ley 402).

5.3. Permitir el ingreso de un solo periodista por medio acreditado, para así garantizar la mayor pluralidad, con la sola exhibición de su credencial, sin que pueda utilizarse grabadores, cámaras fotográficas, teléfonos celulares o cualquier otro medio tecnológico que permita retransmitir las alternativas de la audiencia desde el recinto.

5.4. Asignar un sector de la Sala de Audiencias a los medios de prensa acreditados, hasta tanto sea colmada la capacidad del espacio previsto.

5.5. Establecer que el público en general que ingrese a la Sala deba identificarse en la puerta de acceso, a quienes se les hará saber que durante el desarrollo de la audiencia deberán mantener sus teléfonos celulares apagados y se les suministrará una credencial identificatoria.

5.6. Remitir copia íntegra de la presente a la Oficina de Prensa, a la Dirección de Ceremonial y Relaciones Institucionales y al Área de Seguridad Institucional del Tribunal.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Respecto de la prueba ofrecida y pendiente de producción me remito a lo expresado por la señora jueza de trámite en los puntos 1 a 4 de los fundamentos de su voto.

2. Asimismo, en atención al estado del trámite, corresponde convocar a la audiencia prevista en el art. 15 de la ley 402, en los términos y forma prevista en los arts. 6º, 7º y 8º de la citada ley y del art. 1º de la CCBA.

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero al voto de la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde. Por lo demás, deseo agregar que las previsiones contenidas en el punto 5 del voto al que adhiero, referidas a los aspectos de organización de la audiencia que se dispone celebrar en este expediente, resultan similares a las que se implementaran en el marco del proceso que, durante el pasado año 2009, llevó adelante el Jurado de Enjuiciamiento de la Ciudad —que me tocó presidir— en el marco de la causa "SCD s/denuncia efectuada por el señor Ministro de Justicia y Seguridad del GCBA", expte. JE nº 1/09.

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano y la jueza Elizabeth A. Marum dijeron:

Adherimos al voto de la señora jueza Ana María Conde.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Disponer* lo indicado en el voto de la Dra. Ana María Conde en orden a la prueba ofrecida en el expediente, a cuyo fin líbrense los oficios pertinentes.

2º. *Convocar* al Poder Ejecutivo, a la Legislatura, al Consejo de la Magistratura y a los jueces a cargo de los Juzgados en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nos. 3, 4, 6 y 13 y al señor fiscal general a la audiencia que se realizará el día 27 de mayo de 2010, a las 10:30 horas, en la sala de audiencias del Tribunal, para que expongan sus argumentos y formulen sus conclusiones, en el marco de las medidas ordenatorias expresadas en los puntos 5.1, 5.2, 5.3, 5.4, 5.5 y 5.6.

3º. *Regístrese*, notifíquese con el personal del Tribunal en los términos de la acordada 28/09, publíquese la convocatoria a audiencia por un (1) día en el Boletín Oficial de la Ciudad, en los diarios *Clarín* y *La Nación* y, hasta la realización de la audiencia, en la página del Tribunal en Internet y cúmplase.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás - Elizabeth A. Marum.*

CXI

"CONSTRUCTORA DOS ARROYOS S.A. C/GCBA S/OTROS PROCESOS INCIDENTALES S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

REMISIÓN DE AUTOS PRINCIPALES: Acreditación de perjuicio.

SUMARIOS:

1. El pedido tendiente a que se deje sin efecto la remisión de los autos principales, debe ser rechazado porque el perjuicio que alega el accionante —la dilación del proceso principal, que provocaría la remisión— es demasiado genérico, y no menciona ni acredita ningún perjuicio particular que justifique dejar sin efecto una medida imprescindible para resolver con justicia el recurso que ha sido planteado en esta instancia. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde, José O. Casás y Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. La remisión de los autos principales es fundamental para poder apreciar que han resuelto los jueces de la causa en cuanto a la multa diaria impuesta al GCBA por el incumplimiento en contestar un pedido de informes requerido por la parte actora, luego de la sentencia dictada en dicho proceso por este Tribunal. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde, José O. Casás y Luis F. Lozano).*

Expte. SACAyT n° 6860/09 - 14/5/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

A fs. 839 se presentó Constructora Dos Arroyos y planteó su oposición a que se remitan los autos principales "Constructora Dos Arroyos c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/cobro de pesos" (expte. nº 9688/0), fundándose en que el juicio aludido se encuentra en etapa de prueba y la remisión cuestionada implicaría una dilación perjudicial, y solicitó a este Tribunal que deje sin efecto la medida, indicando en tal caso que se remitan copias certificadas de las piezas procesales que estime necesarias o de la totalidad de las actuaciones en caso de ser menester.

FUNDAMENTOS:

Los jueces ANA MARÍA CONDE, JOSÉ O. CASÁS y LUIS F. LOZANO dijeron:

1. El pedido planteado por la parte actora, tendiente a que se deje sin efecto la remisión de los autos principales, debe ser rechazado.

En primer lugar, porque el perjuicio que alega el accionante —la dilación del proceso principal, que provocaría la remisión— es demasiado genérico, no

menciona ni acredita ningún perjuicio particular que justifique dejar sin efecto una medida imprescindible para resolver con justicia el recurso que ha sido planteado en esta instancia.

La remisión de los autos principales es fundamental para poder apreciar que han resuelto los jueces de la causa en cuanto a la multa diaria impuesta al GCBA por el incumplimiento en contestar un pedido de informes requerido por la parte actora, luego de la sentencia dictada en dicho proceso por este Tribunal con fecha 4/2/2009.

No es posible sustituir la medida ordenada por un pedido de remisión de copias certificadas, porque para determinar qué constancias procesales son útiles para resolver esta causa, resulta imprescindible que previamente el Tribunal tenga el expediente a la vista y pueda analizarlo. Y pedir que se extraigan y remitan fotocopias certificadas de la totalidad de la causa, implicaría un dispendio de recursos humanos y materiales, sin que haya sido mencionada ninguna razón particular que lo justifique.

2. Sin perjuicio de lo expuesto, y a los efectos de no causar dilaciones innecesarias en el proceso principal, una vez recepcionado el expediente solicitado se extraerán las fotocopias pertinentes y se realizarán las certificaciones necesarias para remitir en el plazo más breve posible la causa al juzgado de origen.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

El ejercicio de medidas ordenatorias e instructorias forma parte de los deberes-poderes inherentes a la función jurisdiccional. La necesidad de conocer la causa principal a fin de resolver las cuestiones pendientes ante esta instancia, en principio, no puede generar más percances que los propios del deber de cumplir correctamente una actividad procesal. Si el oponente no alega un claro y concreto perjuicio, más allá de una genérica demora, su petición carece de entidad. No se alega, en este sentido, qué actos procesales o diligencias puedan verse entorpecidas, demoradas, fracasadas o irremisiblemente perdidas.

Por lo expuesto, considero que la oposición debe ser desestimada. Así voto.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el planteo realizado por Constructora Dos Arroyos, a fs. 839.

2º. *Hacer saber* al peticionante que una vez recepcionado el expediente solicitado se extraerán las fotocopias pertinentes y se realizarán las certificaciones necesarias para remitir en el plazo más breve posible la causa al juzgado de origen.

3º. *Mandar* que se registre y se notifique a las partes.

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

CXII

"DE PAOLI, SILVIA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'DE PAOLI, SILVIA C/GCBA S/EMPLEO PÚBLICO (NO CESANTÍA NI EXONERACIÓN)'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Cuestión federal. Interpretación de normas infraconstitucionales. Cuestiones de hecho y prueba.

SUMARIOS:

1. El recurso extraordinario federal resulta inadmisible atento el carácter no federal de los argumentos en que encontró apoyo la sentencia a cuya revisión aspira la recurrente; donde los magistrados para resolver si procedían las diferencias salariales reclamadas por la actora apoyaron su decisión en una interpretación de los decretos locales 670/92 y 922/94. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En igual sentido, voto del señor juez José O. Casás al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

2. El recurso extraordinario no puede prosperar ya que las garantías constitucionales que genéricamente invoca la actora (arts. 14 bis, 14 y 18 de la C.N.) para justificar la existencia de una cuestión federal en los términos del art. 14 de la ley 48, no guardan relación directa e inmediata con lo decidido (art. 15, ley 48). *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En igual sentido, voto del señor juez José O. Casás al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. SACAyT n° 6737/09 - 19/5/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Silvia De Paoli interpuso recurso extraordinario federal (fs. 34/46 vta.) contra la sentencia de fecha 10/3/2010 por la que este Tribunal rechazó el recurso de queja que dedujera su parte contra el pronunciamiento dictado por la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de fecha 20/8/2009 (fs. 420/421 vta., de los autos principales).

2. El recurso fue contestado por la parte demandada, que solicitó su rechazo (fs. 50/59 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. El recurso extraordinario federal interpuesto resulta inadmisible atento el carácter no federal de los argumentos en que encontró apoyo la sentencia a cuya

revisión aspira la recurrente, esto es, la sentencia de Cámara de fecha 12/5/2009. En efecto, los magistrados para resolver si procedían las diferencias salariales reclamadas por la actora apoyaron su decisión en una interpretación de los decretos locales 670/92 y 922/94.

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).

Las garantías constitucionales que genéricamente invoca la actora a fs. 37 vta. (arts. 14 bis, 14 y 18 de la C.N.), para justificar la existencia de una cuestión federal en los términos del art. 14 de la ley 48, 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 derecho local que no guardan relación directa e inmediata con los artículos invocados de la Constitución Nacional (*Fallos,* 300:130).

2. 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.

Tampoco la gravedad institucional que alega la actora (fs. 40 y vta.), permitiría la concesión del remedio federal intentado, porque conforme lo tiene dicho la CSJN "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).

3. 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, 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" (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).

4. En atención a las razones expuestas, corresponde denegar el recurso extraordinario federal interpuesto por Silvia De Paoli. 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).

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez Luis F. Lozano.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Adhiero al voto del señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano, en tanto allí se pone acabadamente de resalto que las objeciones planteadas en la presentación a estudio no configuran una cuestión federal susceptible de habilitar la instancia recursiva intentada en los términos del art. 14 de la ley 48.

Asimismo, entiendo que, por regla general, no corresponde al tribunal emisor del fallo impugnado pronunciarse respecto de la invocada arbitrariedad de su decisorio; y, por su parte, a partir de los términos del presente recurso, en el *sub lite* no corresponde hacer excepción a dicha regla.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso extraordinario federal interpuesto por Silvia De Paoli en tiempo oportuno ante el Tribunal es formalmente admisible (conforme los términos de la acordada 4/07 de la CSJN).

2. Agotadas las vías recursivas ordinarias y extraordinarias locales, la impugnante objeta la sentencia definitiva que emitiera, en autos, la máxima instancia jurisdiccional de la Ciudad.

3. El escrito de interposición del recurso extraordinario federal contiene un relato claro y preciso de las circunstancias relevantes de la causa, de los derechos, garantías y principios de la C.N. que la recurrente entiende que se encuentran afectados por el fallo impugnado, y de la relación directa entre la cuestión federal que introduce y los temas que fueran objeto de tratamiento y decisión por el Tribunal.

4. Los agravios concretos y actuales que se enuncian y fundan en la presentación en análisis son los siguientes:

a) La afectación del derecho de propiedad. Según la recurrente, el dec. 922/94 ha lesionado su derecho a percibir las diferencias salariales que le correspondían.

b) La afectación del derecho de defensa. En tal sentido, la actora crítica el carácter puramente decisionista del fallo.

c) La afectación del derecho constitucional [y convencional] de igual remuneración por igual tarea.

5. En atención a lo señalado precedentemente, voto por declarar admisible el recurso extraordinario federal interpuesto por Silvia De Paoli (fs. 34/46).

Por ello, por mayoría

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal planteado por Silvia De Paoli, con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita como está ordenado a fs. 30, punto 2.

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

CXIII

"MANTELECTRIC ICISA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'MANTELECTRIC ICISA C/ENTE ÚNICO REGULADOR DE SERVICIOS PÚBLICOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES S/OTROS REC. JUDICIALES C/RES. PERS. PÚBLICAS NO EST.'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Cuestión federal. Arbitrariedad de sentencia. Cuestiones de hecho y prueba. Interpretación de normas infraconstitucionales.

SUMARIOS:

1. En relación a la arbitrariedad atribuida a la sentencia, no toca 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. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

2. El recurso extraordinario debe ser rechazado, pues no se 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, dependiendo la cuestión debatida primordialmente, de la interpretación y aplicación de normas locales y de derecho común. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En igual sentido, voto del señor juez José O. Casás al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. SACAyT n° 6590/09 - 19/5/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La empresa Mantelectric ICISA interpuso recurso extraordinario federal (fs. 112/127 vta.) contra la resolución del 10/3/2010 (fs. 88/109) por la que el Tribunal, por mayoría, rechazó el recurso de queja que su parte articulara (fs. 22/32 vta.).

2. El recurso fue contestado por el Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad de Buenos Aires, que solicitó su rechazo (fs. 133/134).

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

En cuanto el recurso postula la ilegitimidad de la sanción resistida por reputarla violatoria de las previsiones del art. 18 de la C.N. dado que, según allí se expone, la regulación local del régimen en la interpretación asignada no las resguardaría, y la sentencia resultó adversa a los derechos apoyados en la cláusula citada, corresponde conceder el remedio federal.

Por su parte, respecto de la arbitrariedad atribuida a la sentencia, no toca 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. Costas por su orden (art. 68 CPCCN). Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso extraordinario federal planteado por Mantelectric ICISA ha sido interpuesto en tiempo oportuno. Sin embargo, no puede prosperar.

2. El recurrente señala que "El problema a dilucidar se refiere a la creación del Entre Único Regulador de Servicios Públicos por la Constitución de la Ciudad y la aplicación al caso de su ley reglamentaria nº 210 y la posibilidad de que reglamente un procedimiento sancionatorio (...) El problema radica en dilucidar si la competencia asignada constitucionalmente es suficiente para aplicar sanciones, en tanto en la sentencia recurrida se le da carácter operativo a las funciones allí previstas" (fs. 121).

La simple enunciación del problema que efectúa el recurrente pone en evidencia que la cuestión cuya dilucidación pretende ahora someter a la instancia extraordinaria *no constituye un caso federal* pues trata sobre la hermenéutica de ciertas normas de la Constitución de la Ciudad relacionadas con la existencia y alcance de la potestad sancionatoria del Poder Ejecutivo y del Ente Único Regulador de los Servicios Públicos. Por tratarse de órganos que integran la estructura institucional de la Ciudad de Buenos Aires, definida por su Constitución y reglada por normas de derecho público local, el debate sobre la adecuada delimitación de las competencias de uno y otro órgano es una cuestión que no surte la jurisdicción recursiva de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por la vía del recurso ex-

traordinario federal, ya que por imperio de los arts. 121, 122, 123 y 129 de la C.N. la determinación de esas cuestiones corresponde a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El desconocimiento de la competencia del EURSP local para imponer la sanción cuestionada por Mantelectric y su planteo dirigido a reclamar la competencia del Jefe de Gobierno *no viene fundado en norma federal alguna*, cuya correcta interpretación y aplicación corresponda a la Corte Suprema de Justicia preservar.

En tanto en este juicio no se 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, la cuestión debatida en autos depende primordialmente, de la interpretación y aplicación de normas locales y de derecho común (*Fallos,* 324:4349).

El recurso extraordinario federal, entonces, no logra poner en juego alguno de los supuestos previstos por el art. 14 de la ley 48.

3. Tampoco autoriza a habilitar la vía extraordinaria la invocación genérica de cláusulas constitucionales que la actora efectúa para justificar la existencia de cuestión federal (arts. 5º, 31, 76 y 99, incs. 2º y 3º, C.N. — véase, por ejemplo, fs. 124 vta.), dado que la recurrente no acredita la necesaria correspondencia que debe existir entre ellas y la decisión adoptada. En verdad, no resulta claro por qué razón la interpretación sobre el alcance de las atribuciones sancionatorias del Ente local puede conllevar algún tipo de afectación a las normas constitucionales que regulan la delegación de potestades legislativas del Congreso de la Nación; o qué relación tienen con la cuestión debatida, las normas de la Constitución federal relativas a las competencias reglamentarias del Poder Ejecutivo Nacional.

La CSJN ha establecido, al respecto, 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), hipótesis que no se verifica en el caso.

4. Finalmente, y como quedó expuesto en los párrafos precedentes, 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, 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).

Las consideraciones señaladas bastan para denegar el recurso extraordinario federal deducido por Mantelectric ICISA. Las costas se imponen a la vencida por

aplicación del principio objetivo de la derrota y por no mediar circunstancias que justifiquen apartarse de él (art. 68 del CPCCN).

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El recurso extraordinario deducido por la parte actora debe ser denegado, por los motivos que se expondrán a continuación.

2. En primer lugar, resulta oportuno recordar que la sentencia que se objeta mediante el presente recurso extraordinario federal es aquella que rechazó la queja planteada por Mantelectric ICISA ante este Estrado, en apretada síntesis, porque no se encontraban reunidos los requisitos de procedencia previstos en el art. 27 de la ley 402 para el andamiento del recurso de inconstitucionalidad local dirigido a cuestionar la sentencia de la Sala II que había rechazado la pretensión de nulidad de la resol. 103/05 dictada por el Ente Único Regulador de los Servicios Públicos de esta Ciudad y, en consecuencia, confirmó la sanción impuesta a la accionante por el incumplimiento en los plazos máximos previstos para la reparación de ciertas instalaciones de alumbrado público de la avenida Montes de Oca 1271 y 1179.

3. Ante estas circunstancias, constituye un óbice a la concesión del presente recurso la reiterada doctrina de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación que sostiene que las decisiones que declaran la improcedencia de los recursos deducidos ante los tribunales locales mediante fundamentos de hecho y de derecho procesal local que bastan para sustentarlos no son revisables en la instancia extraordinaria (conf. *Fallos*, 299:268; 302:1039; 307:819; 311:100, entre muchos otros).

4. Por su parte, dado que en definitiva la recurrente persigue la declaración judicial de nulidad de un acto administrativo emitido por un órgano local, la cuestión debatida en autos depende únicamente de la interpretación y aplicación de diversas normas locales infraconstitucionales. Así las cosas, resulta oportuno recordar que los asuntos de esta naturaleza resultan, por regla, ajenos a la vía de excepción intentada (*Fallos*, 289:336; 291:356; 293:226; 296:642; 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*, 305:112; 308:551; 311:2004; 323:1217; entre muchos otros).

5. Tampoco autoriza a habilitar la vía extraordinaria la invocación genérica de cláusulas constitucionales que la actora efectúa con el propósito de justificar la existencia de cuestión federal (arts. 5º, 31, 76 y 99 incs. 2º y 3º, C.N. —véase, por ejemplo, fs. 124 vta.—), puesto que la recurrente no ha acreditado la necesaria correspondencia que entre éstas y la decisión adoptada en autos. En verdad, no se advierte con claridad por qué razón la interpretación sobre el alcance de las atribuciones sancionatorias del Ente local puede conllevar algún tipo de afectación a las normas constitucionales que regulan la delegación de potestades legislativas del Congreso de la Nación; o qué relación tienen con la cuestión debatida, las normas

de la Constitución federal relativas a la competencias reglamentarias del Poder Ejecutivo Nacional.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido al respecto 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); hipótesis que no se verifica en el caso.

6. Finalmente, en punto a alegada arbitrariedad del decisorio que se pretende poner en crisis, entiendo que, por regla general, no corresponde al tribunal emisor del fallo impugnado pronunciarse respecto de la invocada arbitrariedad de su decisorio; y, por su parte, a partir de los términos del presente recurso, en el *sub lite* no corresponde hacer excepción a dicha regla.

7. Por lo demás, tal como se desprende de los párrafos precedentes, la recurrente tampoco ha dado cumplimiento acabado a los recaudos señalados en el art. 3º del reglamento aprobado por la acordada 4/07 de la CSJN.

Así, 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).

Las consideraciones señaladas bastan para denegar el recurso extraordinario federal deducido por Mantelectric ICISA. Las costas se imponen a la vencida por aplicación del principio objetivo de la derrota y por no mediar circunstancias que justifiquen apartarse de él (art. 68 del CPCCN).

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez José O. Casás.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal planteado por Mantelectric ICISA, con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita como está ordenado a fs. 109, punto 2.

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

En el mismo sentido se resolvió en los exptes. nº 6588/09 "Mantelectric ICISA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Mantelectric ICISA c/Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad de Buenos Aires s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'" y nº 6613/09 "Mantelectric ICISA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Mantelectric ICISA c/ente único regulador de servicios públicos de la ciudad Buenos Aires s/otros rec. judiciales c/resp. pers. públicas no est.'", también del 19/5/2010.

CXIV

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'LUCCHETTI, AMALIA LUJÁN C/GCBA S/EMPLEO PÚBLICO (NO CESANTÍA NI EXONERACIÓN)'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional. SUPLEMENTOS SALARIALES: Suplemento por conducción. Carácter remunerativo. Interpretación de normas infraconstitucionales. Derecho común. EMPLEO PÚBLICO: Reglamentación. Cuestiones de oportunidad, mérito o conveniencia. Principio de división de poderes. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. La afirmación del GCBA en el sentido de que los cargos de jefatura "son periódicos e inestables", y el uso del calificativo "inestable" aplicado al empleo público sorprende y se carga de connotaciones negativas, por lo que es necesario recordar que aún en este ámbito rigen las garantías que resguardan el empleo y las condiciones de trabajo, y las que limitan el ejercicio del *ius variandi* por parte del empleador. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. 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 y 3544/91), sin que el GCBA haya logrado demostrar que su razonamiento sea insostenible. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. El gobierno recurrente no acredita que la inteligencia asignada a los preceptos en juego exceda la que pueden formular los jueces de la causa, ni que hacer reposar la generalidad del suplemento por conducción en el hecho de ser percibido por todos los que cumplen funciones de conducción —aunque no por todo empleado del GCBA— sea contradictorio con las previsiones legales que regulan la composición del salario de los empleados públicos. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. La parte demandada logra demostrar un caso constitucional a partir de la arbitrariedad de la sentencia recurrida que asignó al adicional por conducción una naturaleza distinta de aquella prevista por el Gobierno local. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

5. No parece razonable sostener que el goce de un suplemento por función ejecutiva o conducción fijado en el ámbito de la Administración para determinados

agentes que, además, se encuentra condicionado por el efectivo cumplimiento de ciertas funciones por parte de ese grupo, deba ser liquidado con carácter remunerativo por revestir características de habitualidad y generalidad. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

6. Luego de constatarse el cumplimiento de los diversos condicionamientos previos establecidos por la norma para el goce del suplemento, éste debe abonarse a todos los agentes incluidos en ese subconjunto que ejerce efectivamente funciones ejecutivas con personal a cargo, pero ello no obedece a una supuesta generalidad del suplemento, sino a elementales razones de igualdad de trato. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

7. La percepción del suplemento por conducción durante muchos años por parte de la actora, no autoriza a colegir, al menos automáticamente, una naturaleza del adicional distinta de aquella considerada por el GCBA en ejercicio de atribuciones que le son propias, sino que únicamente permite concluir que ello se ha debido a que, durante igual plazo, la accionante ha cumplido con los diversos requisitos exigidos por el dec. 861/93. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

8. Del estudio de las normas involucradas en el caso no sólo no se desprende el carácter remunerativo del suplemento implementado por el dec. 861/93, sino que es posible afirmar que éste ha sido previsto por el Gobierno local con carácter no remunerativo. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

9. La reglamentación de la relación de empleo público constituye una atribución propia de los poderes legislativo y ejecutivo —en sus respectivas esferas de competencia—, autoridades que tienen reconocido cierto margen de discrecionalidad para fijar sus políticas en la materia, comprensiva del establecimiento de adicionales, suplementos y bonificaciones, a partir de la valoración no sólo del bloque de legalidad que condiciona su actuación, sino de circunstancias de oportunidad, mérito y conveniencia, aspecto este último que el Poder Judicial no puede evaluar sin violentar el principio de división de poderes, también consagrado en la Constitución.

En su voto la señora jueza Ana María Conde remite a sus fundamentos vertidos en el 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)'", del 11/2/2009, cuyos sumarios se reproducen a continuación:

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 satisfaga 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).*

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).*

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 TSJBA 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).*

Expte. SACAyT nº 6826/09 - 19/5/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Amalia Luján Luchetti, Jefa de Sección Oncohematología del Hospital General de Niños Dr. Ricardo Gutiérrez, interpuso una demanda contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante: GCBA) con el objeto que *i)* se declare la inconstitucionalidad del carácter no remunerativo del suplemento por función ejecutiva o conducción establecido por el dec. 861/93; *ii)* en consecuencia, se liquiden y abonen las diferencias impagas correspondientes a los sueldos anuales complementarios, más sus intereses; y, finalmente, *iii)* que hacia el futuro dicho rubro se liquide con carácter remunerativo, se compute para liquidar el SAC y se realicen los aportes previsionales correspondientes a ese adicional (fs. 2/9 vta.).

El GCBA contestó la demanda (fs. 10/14). En relación con el planteo de inconstitucionalidad del dec. 861/93, señaló que la actora no indicó de qué manera el decreto afectaría los principios constitucionales de igualdad y propiedad, ni tampoco cuál sería el perjuicio que le ocasionaría la naturaleza no remunerativa del adicional en cuestión (fs. 10 vta.).

La jueza de primera instancia rechazó la demanda, con costas (fs. 16/18). Consideró que el suplemento en cuestión no presentaba los caracteres que permitirían considerarlo remunerativo y que, por su parte, la actora tampoco había aportado elementos de juicio en tal sentido.

2. La Sra. Amalia Luján Luchetti apeló la sentencia y expresó agravios (fs. 20/26 vta.). Sostuvo que el fallo desvirtuaba el concepto de "salario"; desconocía la doctrina general en la materia; contrariaba la jurisprudencia de la CSJN referida a las características que debe presentar un suplemento para ser considerado "remunerativo"; afectaba el carácter alimentario del salario; entre otros planteos.

El GCBA contestó el memorial de agravios (fs. 27/28). Peticionó el rechazo del recurso, con costas.

La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario hizo lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora y, en consecuencia, revocó la sentencia de primera instancia. En lo que aquí interesa, el *a quo* ordenó al GCBA que: "*a)* abone hacia futuro, y en tanto Amalia Luján Lucchetti ejerza funciones de conducción, el suplemento por función jerárquica regulado en el dec. 861/93 con carácter remunerativo; *b)* incluya el suplemento referido en los futuros cálculos del sueldo anual complementario; *c)* abone las diferencias salariales surgidas en concepto de sueldo anual complementario por los períodos no prescriptos con más sus intereses calculados de conformidad con lo dispuesto en el considerando VIII del voto del Dr. Corti..." (fs. 30/37 vta.).

3. El GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 38/43 vta.). Los agravios señalaron la arbitrariedad de la sentencia por efectuar un análisis irrazonable de los hechos de la causa y de la normativa aplicable (fs. 39 vta.) y por confundir las circunstancias de este juicio con las de otros de contenido similar pero no idéntico, sin dar relevancia a las diferencias inmediatamente apreciables (fs. 40). La actora contestó el traslado del recurso y solicitó su rechazo (fs. 44/46).

La Cámara denegó la concesión del recurso por entender que el planteo central del recurrente —referido a la arbitrariedad de la sentencia— no cumplía con los estándares admitidos para habilitar el carácter excepcional de ese tipo de cuestionamientos (fs. 48/49).

4. Frente a ello, el GCBA interpuso recurso de queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad (fs. 51/62 vta.). Recibidos los autos principales, se requirió su dictamen al Ministerio Público Fiscal (fs. 67). El fiscal general adjunto propició el rechazo de la queja por considerar que en el caso no se había logrado demostrar la existencia de un caso constitucional (fs. 69/71 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. En mi concepto, la queja y el recurso de inconstitucionalidad articulados por la parte demandada deben prosperar.

2. La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo CAyT entendió que, a fin de determinar el carácter remunerativo del suplemento por función ejecutiva o conducción previsto en el dec. 861/93, resultaba necesario analizar si su pago presentaba notas de "habitualidad" y "generalidad".

Siguiendo este razonamiento, el *a quo* expresó que las normas involucradas en el caso estipulaban que el cobro del suplemento quedaba sujeto al cumplimiento diversos recaudos específicos, a saber: que el agente se desempeñase en alguno de los cargos jerárquicos indicados en el art. 1º de la norma, que ejerciese efectivamente las tareas inherentes a esa función y, asimismo, que contase con personal a cargo (véase fs. 31 vta.). A continuación, la Cámara sostuvo que, por más que la percepción del suplemento de marras estuviese sujeta al cumplimiento de ciertas condiciones, ello no era óbice para concluir que el adicional implementado por el dec. 861/93 revestía naturaleza de general y habitual. En este sentido, afirmó que "de la reseña normativa efectuada surge claramente que cualquier agente que reúna las condiciones antes detalladas tiene derecho a percibir el mencionado adicional —generalidad—. Por su parte, su percepción no queda condicionada a lapso temporal alguno, en la medida en que los presupuestos antes detallados —designación, ejercicio efectivo de la función y personal a cargo— se encuentren presentes a lo largo del tiempo —habitualidad—" (fs. 31 vta./32).

3. Ya he tenido oportunidad de expedirme acerca de planteos similares al presente, donde el GCBA también cuestionaba decisiones de las instancias de mérito que habían reconocido —con fundamentos similares— el carácter remunerativo del suplemento por función ejecutiva implementado a través del dec. 861/93 —véanse mis votos en minoría *in re*: "Lage, María Liliana c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 6298/08, sentencia del 3/7/2009; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Cañada, María Alicia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 6513/09, sentencia del 20/10/2009; y más recientemente *in re*: "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Pérez, Mirta Ofelia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 6604/09, sentencia del 25/11/2009, y más recientemente *in re*: "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ferreyra, Eduardo Teodosio y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. n° 6760/09, sentencia del 7/4/2010.

4. En los precedentes citados sostuve que la parte demandada —a diferencia de lo acontecido en los precedentes "Cosentino" y *"Morlan"*— había logrado demostrar un caso constitucional a partir de la arbitrariedad de la sentencia recurrida que había asignado al adicional de marras una naturaleza distinta de aquella prevista por el Gobierno local.

Ello así, dado que, desde mi punto de vista, no parece razonable sostener que el goce de un suplemento por función ejecutiva o conducción fijado en el ámbito de la Administración para determinados agentes que, además, se encuentra condicionado por el efectivo cumplimiento de ciertas funciones por parte de ese grupo, deba ser liquidado con carácter remunerativo por revestir características de habitualidad y generalidad. Si bien lo que ha intentado la Cámara es argumentar que el mentado suplemento por función ejecutiva o conducción cumpliría con la pauta

de generalidad porque se le reconoce a todo el subconjunto de agentes que cumplen con los condicionamientos establecidos por el decreto aludido, tal conclusión debe ser descalificada por respaldarse en una fundamentación aparente. Al respecto, entiendo que luego de constatarse el cumplimiento de los diversos condicionamientos previos establecidos por la norma para el goce del suplemento, éste debe abonarse a todos los agentes incluidos en ese subconjunto que ejerce efectivamente funciones ejecutivas con personal a cargo, pero ello no obedece a una supuesta generalidad del suplemento, sino a elementales razones de igualdad de trato.

Cabe aclarar, además, que en estos autos no se advierte que se haya producido prueba alguna orientada a demostrar que, por algún motivo, en los hechos, la aplicación del dec. 861/93 se hubiese extendido a la *generalidad* de los agentes del GCBA regidos por el SIMUPA, ni que se hubiesen pasado por alto para el otorgamiento del suplemento los condicionamientos especiales establecidos en el régimen que lo regula. Entonces, por más que la actora haya percibido el suplemento en cuestión durante muchos años —aspecto del litigio que no viene controvertido—, ello no autoriza a colegir, al menos automáticamente, una naturaleza del adicional distinta de aquella considerada por el GCBA en ejercicio de atribuciones que le son propias, sino que únicamente permite concluir que ello se ha debido a que, durante igual plazo, la accionante ha cumplido con los diversos requisitos exigidos por el dec. 861/93.

Por otra parte, tampoco en este punto se ha acreditado que el desempeño efectivo de funciones ejecutivas que trae aparejado el goce del suplemento implementado por el dec. 861/93, una vez adquirido, se encuentre tutelado por algún tipo de estabilidad, si se tiene en cuenta que el art. 3º del apuntado reglamento establece: "A partir del primer día del mes siguiente al que los agentes comprendidos en el art. 1º del presente decreto dejaran de tener personal a su cargo, cesará la percepción del Suplemento establecido..." (conf. en sentido concordante, art. 36 *in fine*, ley 471). También se advierte que, según el dec. 3544/91 (SIMUPA), por ejemplo, se contempla el descuento del mentado suplemento a raíz de eventuales inasistencias por períodos superiores a treinta (30) días corridos, con excepción del lapso correspondiente a la licencia anual ordinaria (art. 23, *in fine*).

En suma, del estudio de las normas involucradas en el caso no sólo no se desprende el carácter remunerativo del suplemento implementado por el dec. 861/93, sino que, en mi opinión, es posible afirmar que éste ha sido previsto por el Gobierno local con carácter no remunerativo.

5. Establecido que el suplemento por función ejecutiva implementado a través del dec. 861/93 no ha sido previsto por el GCBA con carácter remunerativo, al no existir en el proceso controversias relevantes sobre aspectos de hecho y prueba, en virtud de lo dispuesto por el art. 31 de la ley 402, resta abordar el planteo de inconstitucionalidad formulado por la actora.

En este punto, advierto que la mención genérica de los arts. 14, 14 bis y 17 de la C.N., así como del art. 43 de la CCBA, en el caso, no resulta suficiente para demostrar que la aplicación del decreto objetado viole los derechos constitucionales

que le asisten a la actora como trabajadora, ni su derecho de propiedad. En otras palabras, aunque participo del criterio según el cual se afirma que los adicionales y/o suplementos excluidos de la "remuneración" deben considerarse excepcionales —y en consecuencia escrutarse con particular estrictez—, la mención aislada de los preceptos constitucionales citados no resulta idónea para acreditar, en este caso, la irrazonabilidad de la reglamentación de la relación de empleo público cuestionada —normativa que goza, en principio, de presunción de legitimidad—. Esta función reglamentaria, cabe aclararlo, constituye una atribución propia de los poderes legislativo y ejecutivo —en sus respectivas esferas de competencia—, autoridades que tienen reconocido cierto margen de discrecionalidad para fijar sus políticas en la materia, comprensiva del establecimiento de adicionales, suplementos y bonificaciones, a partir de la valoración no sólo del bloque de legalidad que condiciona su actuación, sino de circunstancias de oportunidad, mérito y conveniencia, aspecto este último que el Poder Judicial no puede evaluar sin violentar el principio de división de poderes, también consagrado en la Constitución.

En virtud de las consideraciones expuestas, corresponde: *a)* hacer lugar a los recursos de queja y de inconstitucionalidad deducidos por el GCBA; *b)* dejar sin efecto la sentencia recurrida; y *c)* rechazar la demanda interpuesta en cuanto pretende que se declare el carácter remunerativo del suplemento previsto en el dec. 861/93 percibido por la Sra. Amalia Luján Luchetti; con costas en el orden causado en todas las instancias, en atención a las especiales circunstancias del caso, donde la parte actora pudo creerse con derecho a litigar, al haber percibido el suplemento por función ejecutiva del dec. 861/93 durante muchos años (art. 62, *in fine*, CCAyT).

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

El recurso de queja ha sido interpuesto en tiempo, forma y dirige una crítica concreta contra la resolución denegatoria del recurso de inconstitucionalidad.

El recurso de inconstitucionalidad formula objeciones diversas a la interpretación del tribunal superior de la causa respecto de los alcances del dec. 861/93. Sin embargo, ninguno de los supuestos agravios del GCBA alcanza entidad constitucional.

En efecto, por un lado la presentación tal como fue elaborada se reduce a enunciar cuestiones que son competencia propia y exclusiva de los tribunales ordinarios. Por otro, contiene una serie de las alusiones a "argumentos endebles", a discusiones acerca de lo que el texto del decreto "dice", "no dice" o "debería decir" y al análisis de la "generalidad", "habitualidad" o carácter remuneratorio de un rubro determinado que conforma la retribución del amparista.

Lo cierto es que ninguno de los supuestos indicados exhibe una vinculación genuina con derechos o garantías constitucionales.

Las manifestaciones del recurrente que pretenden fijar los límites de los derechos de quienes trabajan a partir de la mera formalidad atribuida a la normativa

administrativa sin atenerse al principio de realidad, tampoco son convincentes ni satisfacen el requisito de introducir un caso constitucional. Parece oportuno recordar aquí con cuanta frecuencia las prácticas laborales concretas y efectivas provocan la afectación de la intangibilidad del salario, la manipulación de los trabajadores, el *mobbing*, la precarización y la falta de calidad institucional. Son situaciones de este tipo las que justifican la existencia de un conjunto de herramientas legales sustantivas y adjetivas que tienen por fin proteger a quienes se encuentran en la posición más vulnerable de la relación laboral.

El GCBA afirma en su recurso que los cargos de jefatura "son periódicos e inestables". El uso del calificativo "inestable" aplicado al empleo público sorprende y se carga de connotaciones negativas. Por ello es necesario recordar que aún en este ámbito rigen las garantías que resguardan el empleo y las condiciones de trabajo, y las que limitan el ejercicio del *ius variandi* por parte del empleador. En su recurso, el demandado no logra fundamentar por qué la inestabilidad a la que alude sostendría su posición impugnativa, toda vez que el art. 27 del dec. 926/2004 sólo se refiere a la retribución temporaria, y no a la inestabilidad (expresión que no aparece en esa norma). En otros términos, que un trabajo sea temporario no significa que sea precario, ni tampoco inestable. Por temporario ha de entenderse, en principio, lo que tiene un plazo o término.

En resumen, ni la sentencia recurrida aborda aspectos constitucionales para resolver la situación de la actora, ni los agravios del GCBA alcanzan a proponer alguno y sólo traduce una simple discrepancia y no un error del decisorio atacado.

Por lo expuesto, voto por rechazar el recurso de inconstitucionalidad, con costas.

La jueza Ana María Conde dijo:

La cuestión debatida en autos es similar, en lo sustancial, a la resuelta en el caso "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Morlan, Fernando Luján c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 6021/08, sentencia del 11/2/2009, cuya copia deberá agregarse por Secretaría.

Por los argumentos allí expuestos, a los cuales me remito, voto por rechazar la queja presentada por el GCBA.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. El cuestionamiento que el GCBA efectúa a la sentencia recurrida en relación con el carácter remunerativo que en ella se reconoce al adicional establecido por el dec. 861/93 encuentra adecuada respuesta en las razones expuestas por el Tribunal en las sentencias dictadas en los autos "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Cosentino, Alcira Ester c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni remuneración)'", expte. nº 6031/08, y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Morlan, Fernando Luján c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni remuneración'", expte. nº 6021/08, sentencias del

11/2/2009 y más recientemente en la causa "Lage, María Liliana c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 6298/08, sentencia del 3/7/2009, entre otros; que son de conocimiento del recurrente por haber intervenido como parte demandada en los tres juicios, y a los que cabe remitirse por razones de brevedad.

2. En línea con lo sostenido en los precedentes mencionados, 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 y 3544/91), sin que el GCBA haya logrado demostrar que su razonamiento sea insostenible. Ello es así, porque cualquiera que sea el mérito de los demás argumentos dados en la sentencia, los que he mencionado, como ya dije, brindan apoyo suficiente e independiente a la decisión cuestionada. Además, 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).

Para lo que ahora importa, la sentencia impugnada (fs. 30/37 vta.), interpretando la normativa infraconstitucional, cuya aplicabilidad no fue puesta en tela de juicio por la parte recurrente, vino a señalar que el carácter remunerativo del adicional aquí discutido coincidiría con las previsiones del art. 18 del SIMUPA, según las cuales la retribución de los agentes se compone de la asignación básica de nivel y de los adicionales, suplementos y bonificaciones que correspondan a su situación de revista, entre ellos el suplemento ahora reclamado ("Función Ejecutiva", art. 20 del SIMUPA). Al margen de expresar su desacuerdo, el gobierno recurrente no acredita que la inteligencia asignada a los preceptos en juego exceda la que pueden formular los jueces de la causa, ni que hacer reposar la generalidad del suplemento en el hecho de ser percibido por todos los que cumplen funciones de conducción —aunque no por todo empleado del GCBA— sea contradictorio con las previsiones legales que regulan la composición del salario de los empleados públicos. Esa noción de generalidad, cualquiera sea su mérito, encuentra apoyo en la normativa citada que, según el *a quo*, vincula el carácter salarial de los suplementos con la situación de revista y no con la de la totalidad de los agentes. Ello no implica más que sostener que abarca a todos los que están en igual condición y no a todos los dependientes. A su vez, la demandada tampoco logra descalificar la sentencia en cuanto habría omitido considerar el efectivo cumplimiento de los presupuestos requeridos para el cobro del suplemento en cuestión por el universo de quienes lo perciben en tanto, esos requisitos fueron invocados como causa del rubro, no están discutidos en relación con la accionante ni, finalmente, lo decidido implica abrir juicio acerca de su procedencia en otros casos.

3. Finalmente, en relación a la condena a "regularizar la situación previsional de la actora" (punto 2 de la sentencia de fs. 30/37 vta.), la ausencia de agravio a ese respecto impide pronunciarse sobre esa cuestión, sin perjuicio de lo expuesto en mis votos *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Velaz,

Liliana Mirta y otros c/GCBA s/cobro de pesos'", expte. nº 5526/07, sentencia del 30/4/2008; "Adano, Graciela Beatriz y otros c/GCBA s/recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Adano, Graciela Beatriz y otros c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. nº 6177/08, sentencia del 17/6/2009; "Lage, María Liliana c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración] s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 6298, sentencia del 3/7/2009, entre otros.

4. Por lo expuesto voto por el rechazo de la queja planteada por el GCBA.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* que los agravios planteados por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no satisfacen los requisitos establecidos en el art. 27 de la ley 402.

2º. *Agregar* a este expediente copia de la sentencia dictada por el Tribunal de fecha 11/2/2009, en los autos "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Morlan, Fernando Luján c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'" (expte. nº 6021/08) (como parte integrante del voto de la jueza Ana María Conde).

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

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

CXV

"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: 'VELÁZQUEZ, CLAUDIO EDUARDO S/INFR. ART(S). 189 BIS, C.P.'"

RECURSO DE QUEJA: Efectos suspensivos. Suspensión del proceso penal a prueba. Oposición del Ministerio Público Fiscal. Equiparación a sentencia definitiva.

SUMARIOS:

1. La argumentación del recurrente resulta suficiente para controvertir la presunción de legitimidad de la denegación del recurso de inconstitucionalidad que viene a defender pues se constata, *prima facie,* la existencia en el caso de una de-

cisión que resulta equiparable a una sentencia definitiva para el Ministerio Público Fiscal y el planteamiento de un caso constitucional que involucra la interpretación de las reglas que estructuran el debido proceso en esta jurisdicción y establecen sus competencias y atribuciones (arts. 13.3 y 125, CCBA). *(Voto del señor juez José O. Casás).*

2. Corresponde otorgar a la interposición de la queja el efecto suspensivo que se solicita porque la Fiscalía ha invocado razones suficientes para tener por mal denegado el recurso de inconstitucionalidad y la declaración de admisibilidad de dicho remedio procesal conlleva los efectos suspensivos que el recurrente solicita. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. Con el efecto suspensivo que se resuelve en el recurso de queja se pretende impedir que el imputado cumpla el compromiso al que se obligó voluntariamente y que, una vez transcurrido el período acordado para la suspensión del juicio a prueba, se dicte una resolución que declare extinguida esta acción y torne estéril —o inconveniente— el tratamiento de las cuestiones planteadas. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. Si bien como regla, la interposición de un recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado no suspende el curso del proceso y aunque excepcionalmente este Tribunal puede, mediante resolución expresa, suspenderlo antes de pronunciarse sobre la admisibilidad de la queja (art. 33, ley 402), en el caso el recurrente no brinda fundamento alguno que permita apartarse de la reiterada jurisprudencia de este estrado según la cual la falta de acreditación de razones que permitan hacer excepción a dicha regla conduce al rechazo del pedido. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. SAPCyF nº 7155/10 - 19/5/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El titular de la Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1 interpuso recurso de queja (fs. 40/48) contra el auto denegatorio de su recurso de inconstitucionalidad (fs. 1/3). Este remedio procesal ataca la decisión de la Sala II que confirmó la suspensión del proceso a prueba decidida, en primera instancia y pese a la oposición de la Fiscalía, a favor del Sr. Claudio Eduardo Velázquez.

2. El señor fiscal general adjunto, al contestar la vista conferida, mantuvo el recurso deducido y propició que el TSJBA hiciera lugar a la queja y tratase el recurso de inconstitucionalidad rechazado y que, oportunamente, declarara la nulidad de las decisiones cuestionadas a fin de poder continuar con el trámite del proceso (fs. 52/58).

Asimismo, solicitó que "...se conceda el efecto suspensivo del recurso de queja interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal, conforme lo dispuesto en el art. 33 de la ley 402, a fin de que no se torne abstracto el tratamiento del recurso de inconstitucionalidad oportunamente deducido...".

La petición reseñada en el párrafo anterior fue puesta a consideración del Tribunal (fs. 59).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

La argumentación del recurrente resulta suficiente, en este estado de análisis, para controvertir la presunción de legitimidad de la denegación del recurso de inconstitucionalidad que viene a defender pues se constata, *prima facie,* la existencia en el caso de una decisión que resulta equiparable a una sentencia definitiva para el Ministerio Público Fiscal y el planteamiento de un caso constitucional que involucra la interpretación de las reglas que estructuran el debido proceso en esta jurisdicción y establecen sus competencias y atribuciones (arts. 13.3 y 125, CCBA) (conf. "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Incidente de apelación en autos Estigarribia, Federico Milcíades y otro s/infr. art. 189 bis, C.P., portación de arma de fuego de uso civil —apelación—'", expte. nº 6821/09, resolución del 4/12/2009).

Corresponde, en consecuencia, otorgar a la interposición de la queja el efecto suspensivo que se solicita.

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Coincido con el juez de trámite, Dr. José O. Casás, en que corresponde otorgar a la interposición de la queja el efecto suspensivo que se solicita. Ello así, porque entiendo que la Fiscalía ha invocado razones suficientes para tener por mal denegado el recurso de inconstitucionalidad y la declaración de admisibilidad de dicho remedio procesal conlleva los efectos suspensivos que el recurrente solicita.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto del señor juez de trámite, doctor José O. Casás.

Como ya sostuve en el expediente "Estigarribia", también citado por mi distinguido colega, con el efecto suspensivo que se resuelve en esta oportunidad se pretende impedir que el imputado cumpla el compromiso al que se obligó voluntariamente y que, una vez transcurrido el período acordado para la suspensión del

juicio a prueba, se dicte una resolución que declare extinguida esta acción y torne estéril —o inconveniente— el tratamiento de las cuestiones planteadas.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Como regla, la interposición de una queja por recurso de inconstitucionalidad denegado no suspende el curso del proceso y aunque excepcionalmente este Tribunal puede, mediante resolución expresa, suspenderlo antes de pronunciarse sobre la admisibilidad de la queja (art. 33, ley 402), en el caso el recurrente no brinda fundamento alguno que permita apartarse de la reiterada jurisprudencia de este Estrado según la cual la falta de acreditación de razones que permitan hacer excepción a dicha regla conduce al rechazo del pedido (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).

En efecto, los argumentos expuestos por el señor fiscal para dar base a su solicitud se agotan en la simple referencia a la posibilidad de que "se torne abstracto el tratamiento del recurso de inconstitucionalidad oportunamente deducido".

En consecuencia, corresponde denegar la petición expuesta a fs. 58.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Dar efecto* suspensivo al recurso interpuesto.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique en forma urgente a la Fiscalía General y a la Defensoría General y se libre oficio dirigido a la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas y al Juzgado de Primera Instancia en lo Penal Contravencional y de Faltas Nº 14, a fin de poner en su conocimiento esta decisión.

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

En similar sentido se resolvió en el expte. nº 6970/09 "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Vargas Espejo, Jaime Adán s/infr. art(s) 189 bis, amenazas —C.P.— (p/L 2303)'", del 28/5/2010.

CXVI

"POLAKIS, ANASTASIO C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos. Caso o causa. Caso constitucional. AMPARO: Venta en la vía pública. Acto administrativo. Permiso de uso. Tutela judicial efectiva.

SUMARIOS:

1. El recurso de inconstitucionalidad no contiene agravios que funden, suficientemente, la relación directa que existiría entre las cláusulas constitucionales invocadas, el derecho a trabajar, la garantía de igualdad, y lo resuelto por el *a quo*, por lo que corresponde declararlo mal concedido. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

2. Una pretensión que persigue, exclusivamente, la derogación de una norma mediante una sentencia judicial, resulta propia de la acción prevista en el art. 113, inc. 2º, de la CCBA, siempre y cuando la pretensión se circunscriba a la pérdida de efectos de la norma cuestionada en términos abstractos; pero concebida en esos términos, esa petición resulta ajena al concepto de "caso" o "causa" previsto en los arts. 106 y 113, inc. 3º, de la CCBA y 116 de la C.N., circunstancia que bastaría para declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. La emisión de un acto administrativo como es el que le otorga a un administrado un permiso para realizar la actividad de venta de alimentos en la vía pública es una facultad de la que los jueces carecen por tratarse de una función administrativa, la que aun cuando dependa, en primer término, de una creación legislativa, la Constitución local obliga a que sea atribuida a la rama ejecutiva. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. En el recurso de inconstitucionalidad no se demuestra que la interpretación que realizó la Cámara, con apoyo en las normas locales no constitucionales, sea insostenible, y tampoco se ha identificado, más allá de las menciones genéricas que se formulan, ninguna norma constitucional que le otorgue al actor un derecho a obtener un permiso para vender alimentos en la vía pública. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

5. Los agravios planteados a partir de la genérica invocación del derecho a trabajar y la garantía de igualdad no resultan idóneos para rebatir los concretos fundamentos utilizados por la Cámara para resolver el rechazo de la pretensión, por lo que se debe declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

6. La venta en la vía pública en la Ciudad no está regulada exclusivamente por la resol. 24/GCBA/SSCC/07, sino por una ley —cuya inconstitucionalidad no ha sido alegada en el proceso— que supedita el ejercicio de esa actividad al otorgamiento de un permiso precario de uso especial por parte de la Administración (art. 11.1.2., ley 1166), cuestión que, a su vez, se encuentra reglamentada por el dec. 612/04,

cuya declaración de inconstitucionalidad para el caso tampoco ha sido requerida en autos. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

7. Si lo que se denuncia en este proceso judicial es, lisa y llanamente, una inconstitucionalidad derivada de la omisión ilegítima que surgiría debido a que el GCBA no dicta la reglamentación a la que se refiere la resol. 24/GCBA/SSCC/07, un magistrado que —eventualmente— decidiera hacer lugar a este planteo por considerarlo admisible desde lo formal y procedente en el caso concreto, a lo sumo, se encontraría en condiciones de poder exhortar —de algún modo — a las autoridades competentes para que emitan esa reglamentación dentro del plazo que se estime razonable. *(Voto del señor juez José O. Casás al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

8. Los agravios constitucionales vertidos por el impugnante resultan serios y concretos, y configuran una crítica concreta y razonada acerca de las contradicciones en que incurre el fallo en cuanto a la omisión del GCBA, que da sustento a su amparo. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

9. El actor hizo todas las gestiones, trámites y gastos exigidos por las normas vigentes para obtener su permiso de venta en la vía pública, la Administración se lo ha negado sin fundamento, como si estuviera en el marco de sus facultades obrar sin dar razones y/o guardar silencio indefinidamente, asumiendo una actitud arbitraria y viciosa que se completa cuando aduce como excusa que no otorga el permiso porque no están dictadas las normas aplicables, esto es, se apoya en la ausencia de las reglas que a ella le compete crear. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

10. Acierta el actor cuando señala que, ante la afectación de derechos constitucionales derivada de las omisiones estatales, el Poder Judicial tiene el deber de dar tutela jurisdiccional efectiva, por aplicación de la precisa disposición de la CCBA según la cual los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos y de los arts. 14, CCBA, 43, C.N. y 25 CADH. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

11. La tutela efectiva de los derechos fundamentales es la pauta rectora frente a aparentes disputas acerca de los límites de las competencias de la Administración, el Poder Legislativo y el Poder Judicial: la degradación de la calidad de vida de quien pide protección jurisdiccional de sus derechos no puede ser soslayada o postergada ni disimulada bajo un pseudodebate en torno de los alcances del poder de la administración. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

12. La concepción expuesta por la Procuración General cuando afirma que el principio general es que la aprobación de los “permisos de uso” sobre dependencias dominicales se encuentra dentro del ámbito discrecional de la Administración, no resultando una actividad reglada, deja de lado la primacía del plexo de deberes que los estados asumen cuando incorporan a su orden jurídico los derechos fundamentales, sea por vía convencional o constitucional o por ambas, como es el caso del derecho positivo argentino. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

13. En un Estado de derecho constitucional, democrático y social no hay mayor interés público que la efectividad de los derechos fundamentales, por lo que, desde este abordaje constitucionalmente insoslayable, aún si fuera cierta la hipótesis de que el permiso de uso que pide el amparista no estuviera reglado, es deber del Estado garantizar la efectividad de los derechos fundamentales hasta el máximo de sus recursos (art. 2.1., PIDEyS), y no desconocer ni limitar derechos y garantías por omisión o insuficiencia de reglamentación (art. 10, CCBA). *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

14. De conformidad con los principios establecidos para el buen gobierno por el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo en el año 2006, por buen gobierno se entiende aquél que busca y promueve el interés general, la participación ciudadana, la equidad, la inclusión social y la lucha contra la pobreza, respetando todos los derechos humanos, los valores y procedimientos de la democracia y el Estado de derecho. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. SACAyT nº 7086/10 - 20/5/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

Anastasio Poulakis interpuso demanda de amparo contra el GCBA con el objeto de que se "declare la inconstitucionalidad de la resol. 24/GCBA/SSCC/07 cuyo art. 2º supedita el otorgamiento de nuevos permisos de venta ambulante —como el que fuera oportunamente solicitado— al dictado del correspondiente acto administrativo, ley, decreto que modifique el dec. regl. 612/04, vulnerando mi derecho a trabajar y condicionándolo al futuro e incierto dictado de dicho acto, decreto o ley; y por lógica consecuencia se me otorgue el permiso correspondiente para vender alimentos en la vía pública" (fs. 1).

El actor expresó que cuando solicitó permiso de venta de alimentos en vía pública fue notificado el día 8/9/2008 de su incorporación con fecha 12/6/2006 al registro de postulantes bajo el número de orden 357. El 20/9/2006 la Dirección General de Higiene y Seguridad Alimentaria a su vez le notificó que, en el plazo de 30 días, debía presentar la documentación necesaria para habilitar el permiso de venta de alimentos (garrapiñadas, algodón de azúcar, manzanas abrillantadas y pochoclo) en la vía pública, en la categoría venta ambulante por cuenta propia, requerimiento que cumplimentó el 7/11/2006 junto con la póliza de seguro, que sufragó de su propio peculio, como así también agregó un certificado de aprobación del curso taller de Manipulación Higiénica de Alimentos.

Como no recibió noticia alguna del GCBA sobre el otorgamiento de la licencia y en virtud de la excesiva demora en otorgársele el permiso, el 4/6/2008 presentó un reclamo administrativo ante la Dirección General de Higiene y Seguridad

Alimentaria y pidió en esa oportunidad, la aplicación de la Ley 1502 de Incorporación de Personas con Necesidades Especiales al Sector Público de la Ciudad de Buenos Aires, que dispone que las vacantes que se produzcan en las jurisdicciones y entidades mencionadas en su art. 2º han de ser cubiertas prioritariamente por las personas con necesidades especiales (en su caso padece discapacidad visual) que acrediten las condiciones de idoneidad para el puesto o cargo a cubrirse.

Según Poulakis, el 8/9/2008, la demandada le hizo saber la resol. 24/GCBA/SSCC/07 que establece que "...la adjudicación de nuevos permisos de uso en la vía pública para la elaboración y expendio por cuenta propia de productos alimenticios en ubicaciones fijas y determinadas, Categorías I, II y III y venta ambulante se encontraba supeditada al dictado del correspondiente acto administrativo, decreto, ley o resolución que modifique el dec. regl. 612/04".

Sostiene el actor que condicionar el otorgamiento de nuevos permisos al dictado de una regulación que modifique el dec. 612/04 constituye una omisión imputable a la administración, y que "la falta de habilitación no se debe al incumplimiento de todos los requisitos inherentes a la normativa sobre salubridad e higiene (que queda demostrado que los cumplí holgadamente), sino a la mora de la administración en dictar las reglamentaciones correspondientes a las facultades regladas previstas por la norma habilitante (ley 1166), justificándose en el incumplimiento de una obligación sólo a ella imputable...".

En su responde, el GCBA niega las afirmaciones de la actora y solicita el rechazo de la demanda. Sostiene que la Agencia Gubernamental de Control, a la que se halla subordinada la Dirección General de Higiene y Seguridad Alimentaria, dictó la resol. 947GCBA/AGC/08 que prorrogó el plazo de vigencia de los permisos de uso en la vía pública para la elaboración y expendio por cuenta propia de productos alimenticios en ubicaciones fijas y determinadas y la venta ambulante por cuenta propia por el plazo de noventa días a partir de la fecha de vencimiento de la resol. 24/SSCC/07.

Ese acto administrativo de prórroga no modifica, según el gobierno, la situación respecto de nuevos permisos de uso de la vía pública, quedando en consecuencia vigente el art. 2º de la resol. 24/SSCC/07 que ordena que la adjudicación de nuevos permisos de uso en la vía pública para la elaboración y expendio por cuenta propia de productos alimenticios en ubicaciones fijas y determinadas, categorías I, II y III y Venta Ambulante por cuenta propia, supeditada al dictado del correspondiente acto administrativo que modifique el dec. regl. 612/GCBA/04, circunstancia que no se ha producido. Expresa que del texto de la resol. 94/GCBA/AGC/08 surge que se encuentra en trámite el expte. nº 10.316/07, que propicia la modificación del dec. regl. 612/GCBA/04 en lo relativo a la adjudicación de puestos ambulantes con el fin de brindar mayor transparencia y seguridad a tal procedimiento.

El juez de primera instancia hizo lugar a la demanda y declaró la inconstitucionalidad del art. 2º de la resol. 24/GCBA/SSC/07. Para así decidir, entre otros aspectos, el magistrado consideró que "si bien la demandada en virtud del art. 102 de la CCBA se encuentra facultada para reglamentar la resolución en cuestión, el

prolongado plazo corrido para su dictado desde el pronunciamiento de la resol. 24/GCBA/SCC/07 hasta el presente y la verificación de la ausencia del mismo por parte del tribunal ha configurado una inconstitucionalidad por omisión", para agregar que "[l]a efectiva vigencia de trabajar del actor requiere la necesaria sanción o dictado de la reglamentación pertinente del dec. 612/GCBA/04, circunstancia que aún no se verifica cumplida por parte de la demandada. A ello cabe agregar que tampoco ha quedado acreditado en autos imposibilidad alguna del GCBA que le haya impedido cumplir con el dictado de dicha reglamentación a la vez que ésta ha omitido alegar ni acreditar [*sic*] los motivos por los cuales no ha procedido a dictar la normativa en cuestión". También el magistrado descartó la aplicación de la ley 1502 invocada por el amparista por entender que ella se refiere a un supuesto distinto del sostenido por el actor.

A fs. 185/192 el GCBA interpuso recurso de apelación contra la sentencia definitiva de primera instancia y fundó sus agravios en *i)* la improcedencia de la vía elegida a los efectos de requerir el otorgamiento de un permiso de venta; *ii)* la omisión del magistrado cuya decisión se impugna de determinar que el derecho a trabajar debe ejercerse de conformidad con las leyes que reglamentan su ejercicio; *iii)* la incorrecta evaluación del espacio público realizada en la decisión atacada, debido a que el amparista carecía de permiso para llevar adelante la actividad de venta en la vía pública y, *iv)* la invasión de la zona de reserva de la administración, en el sentido de reivindicar el ejercicio del poder de policía como una potestad jurídica propia de la parte demandada.

A fs. 199/201 la fiscal ante la Cámara Contencioso propició hacer lugar al recurso y revocar la sentencia de primera instancia.

La Sala II de la CCAyT revocó la sentencia apelada. Sostuvo que "es de destacar que la ausencia de reglamentación en la actividad que desarrolla el actor, no podría interpretarse como la consagración del libre uso de los espacios públicos, que poseen un régimen especial y estricto, en virtud de la función social que desarrollan respecto de necesidades vitales de la comunidad. La omisión de contar con un permiso de uso especial respecto de los espacios públicos no puede ser subsanada por la actividad oficiosa de este tribunal, a quien no compete otorgar permisos, función que se encuentra asignada —conforme a la reglamentación— a órganos específicos del Gobierno de la Ciudad. Agregó que "el principio ontológico de la libertad que consagra el art. 19 de la C.N. no ampara que un ciudadano en particular se considere habilitado para desarrollar una actividad comercial sobre un bien del dominio público. Admitir ese parecer conduciría a que todos los particulares en similares condiciones consideren que gocen de similar prerrogativa, temperamento que no parece prudente o razonable sostener".

La Cámara si bien reconoce por un lado, la discapacidad visual que sufre el accionante, y por otro la obligación constitucional del Estado de proveer a su protección y desarrollo integral (art. 42, CCBA) y que en ese punto el actor podría articular la vía que estimase más conveniente, continúa diciendo que "tal cosa, no equivale a que los magistrados concedan un uso privilegiado del dominio público

para desarrollar actividades comerciales sin una norma expresa que así lo autorice, sino que corresponde a la demandada proveer —en principio— la tutela que la especial situación del actor merece, siendo —en todo caso resorte de la justicia conocer ante la omisión que —tal vez— afecte los derechos y garantías del actor. (...) la reglamentación pretendida, corresponde al Estado y no tiene obligación de hacerlo en una determinada dirección, dentro de los límites de la razonabilidad". Finalmente, el tribunal expresó que "no conceder un permiso de venta de baratijas en un bien de dominio público, no es de por sí ilegítimo, toda vez que responder [*sic*] a la observancia de cuestiones de oportunidad, lo cual no equivale a que la demandada puede —eventualmente— sustraerse de su obligación para con las personas con necesidades especiales".

El actor interpuso a fs. 208/214 recurso de inconstitucionalidad, sustanciado con intervención de la contraria que contestó a fs. 218/226 vta. El demandante dirigió sus agravios a cuestionar: *a)* la manifiesta omisión lesiva de derechos fundamentales por parte del GCBA, que debe ser neutralizada por el Poder Judicial; *b)* la arbitrariedad manifiesta de la decisión objeto de recurso y; *c)* el tiempo irrazonable en dictar la reglamentación.

A fs. 228/229 el tribunal superior de la causa concedió el recurso. A fs. 236/237 vta. emitió su dictamen el señor fiscal general adjunto quien propició declarar mal concedido el recurso.

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad ha sido interpuesto en tiempo y forma.

2. Los agravios constitucionales vertidos por el impugnante resultan serios y concretos, y anticipo mi opinión en cuanto a que en su casi totalidad deben ser admitidos.

3. El actor realiza una crítica concreta y razonada acerca de las contradicciones en que incurre el fallo en cuanto a la omisión del GCBA, que da sustento a su amparo.

4. "[L]os jueces reconocen la existencia de una omisión por parte de la Administración (GCBA), pero sin embargo restan importancia a ello. Si los particulares no podemos acudir a los jueces en casos en los que los actos u omisiones de la Administración constituyen una amenaza de lesión cierta, ante quién acudiremos para que se ejerza el control jurisdiccional sobre sus actos", se interroga Poulakis. Luego demuestra que su pretensión no está dirigida a obtener el uso libre e indiscriminado del espacio público como lo entiende la Sala II.

La situación planteada es la siguiente: el actor hizo todas las gestiones, trámites y gastos exigidos por las normas vigentes para obtener su permiso. La Administración se lo ha negado sin fundamento, como si estuviera en el marco de sus facultades obrar sin dar razones y/o guardar silencio indefinidamente. La actitud

arbitraria y viciosa de la Administración se completa cuando aduce como excusa que no otorga el permiso porque no están dictadas las normas aplicables, esto es, se apoya en la ausencia de las reglas que a ella le compete crear.

Acierta Poulakis cuando señala que, como sucede en el caso de autos, ante la afectación de derechos constitucionales derivada de las omisiones estatales, el Poder Judicial tiene el deber de dar tutela jurisdiccional efectiva, por aplicación de la precisa disposición de la CCBA "los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos" y de los arts. 14, CCBA, 43, C.N., y 25, CADH.

La tutela efectiva de los derechos fundamentales es la pauta rectora frente a aparentes disputas acerca de los límites de las competencias de la Administración, el Poder Legislativo y el Poder Judicial: la degradación de la calidad de vida de quien pide protección jurisdiccional de sus derechos no puede ser soslayada o postergada ni disimulada bajo un pseudodebate en torno de los alcances del poder de la administración.

Asimismo es necesario insistir en que el actor no solicita el libre uso del "espacio público". Esa afirmación por desmedida se torna falsa. Poulakis no aspira a ser titular de una cadena de puestos de pochoclos: aspira, en cambio, a trabajar en aquello para lo que se ha capacitado y que le permitiría una forma de subsistencia en un umbral mínimo de dignidad.

El tribunal superior de la causa que declara que el espacio público cumple una función social, incurre en una notoria incongruencia cuando acto seguido revoca la sentencia de grado que posibilitaba que el recurrente se viera amparado por ese marco.

Tampoco es cierto, como dice la Sala II que la actividad que desarrolla el actor no está reglada. Lo que sucede es que aunque ha sido reglada ocurre que el otorgamiento de nuevos permisos está suspendido arbitrariamente, y así fue reseñado en los resultas de este voto.

5. El GCBA incumple claramente y por omisión, respecto de Poulakis, con lo prescripto por el art. 11, CCBA: "La Ciudad promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad".

En efecto, el GCBA en el caso no promueve la "remoción de ningún obstáculo", y peor aún los perpetúa, toda vez que de él depende el dictado de las normas o de actos que aseguren el "pleno desarrollo" de Poulakis y "su efectiva participación en la vida económica y social de la comunidad", panorama que se agrava porque Poulakis integra un colectivo que goza de preferente tuición constitucional (conf. arts. 41 y 42, CCBA).

Destaco que a lo largo del proceso, el demandado no alegó razón alguna que justifique su omisión respecto del acto administrativo solicitado, lo que califica su conducta como definitivamente arbitraria al interferir en derechos fundamentales invocados por el amparista. Durante más de cinco años el GCBA no otorgó el

permiso, no ha proporcionado ninguna respuesta jurídicamente aceptable ni ha enunciado ningún fin legítimo que explique su conducta omisiva, que a todas luces, aparece como manifiestamente irrazonable.

Por fin, quiero volver sobre algunas de las cuestiones ya mencionadas e incorporar ciertos énfasis por la importancia y gravedad que presenta el tema en análisis y en atención a que el caso del accionante es un síntoma de una situación social compleja, y que por tanto trasciende su individualidad. La omisión de más de cinco años por parte GCBA en otorgar el permiso, o en dar una respuesta jurídicamente aceptable a la solicitud que le fuera dirigida, carece de razonabilidad. El expediente no contiene un solo argumento del Gobierno ni una sola prueba que sustenten la idoneidad de esa omisión; menos aún cuál sería el fin legítimo de extenderla en el tiempo, con la inevitable lesión a los derechos fundamentales del amparista, que el Estado ha reconocido asumiendo el deber convencional y constitucional de garantizarlos. Tampoco fue demostrada en esta causa que la prolongada omisión estatal y su secuela de perjuicios concretos para Poulakis fuera necesaria, ni que hubiera interés público alguno que ameritara la privación a la que se lo somete. Entonces, y frente a tanta evidencia, cómo suponer que su reclamo de justicia —en el sentido de acceso a la jurisdicción ante la afectación de sus derechos, que consagran las Reglas Básicas de Acceso a la Justicia de las Personas Vulnerables (XIV Cumbre Judicial Iberoamericana) — no debe ser reconocida.

6. Párrafo aparte merece el parecer expuesto por la Procuración General ante el requerimiento de la Agencia de Control respecto de la adjudicación de nuevos permisos en la vía pública para la elaboración y expendio por cuenta propia de productos alimenticios en ubicaciones fijas y determinadas (fs. 88/93). Según el "análisis jurídico" — que la Procuración sustenta en una cita de Marienhoff (Marienhoff, Miguel S.: *Tratado del dominio público,* TEA, 1960, p. 331)— "[c]abe destacar, además, que tratándose de 'permisos de uso' sobre dependencias dominicales, el principio general es que la aprobación de esos permisos se encuentra dentro del ámbito discrecional de la Administración, no resultando una actividad reglada".

Una concepción como la que se transcribe deja de lado la primacía del plexo de deberes que los Estados asumen cuando incorporan a su orden jurídico los derechos fundamentales, sea por vía convencional o constitucional o por ambas, como es el caso del derecho positivo argentino. En un Estado de derecho constitucional, democrático y social no hay mayor interés público que la efectividad de esos derechos fundamentales. Desde este abordaje constitucionalmente insoslayable, aún si fuera cierta la hipótesis de que el permiso que pide el amparista no estuviera reglado —lo que como fue dicho no es cierto — es deber del Estado garantizar la efectividad de los derechos fundamentales hasta el máximo de sus recursos (art. 2.1., PIDEyS), no desconocer ni limitar derechos y garantías por omisión o insuficiencia de reglamentación (art. 10, CCBA) y, como señalara más arriba, existe obligación del Estado local de promover la remoción de los obstáculos de cualquier orden que limiten de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y su efectiva participación en la vida (...), económica o social de

la comunidad (art. 11, CCBA); de asistir a las personas con necesidades básicas insatisfechas (art. 17, CCBA); de garantizar a las personas mayores (el actor tiene 63 años) la igualdad de oportunidades y trato y el pleno goce de sus derechos, de velar por su protección, por su integración económica y sociocultural, y promover la potencialidad de sus habilidades y experiencias (el actor ya se había desempeñado como vendedor ambulante y se capacitó ante un organismo de la Ciudad). Para ello el estado local debe desarrollar políticas sociales que atiendan sus necesidades específicas y eleven su calidad de vida (circunstancia totalmente omitida en el caso); amparar a los ciudadanos frente a situaciones de desprotección (en el caso, las desampara) y brindar adecuado apoyo al grupo familiar (Poulakis tiene esposa y tres hijos), para su cuidado, protección, seguridad y subsistencia; promover alternativas a la institucionalización (conf. art. 41, CCBA). Por fin, la Ciudad garantiza a las personas con necesidades especiales (la discapacidad del accionante consta en autos certificada por el Ministerio de Salud y Ambiente, conf. fs. 11).

7. Al contestar agravios, el GCBA insiste en que el actor no tiene ningún derecho ni potestad sobre los permisos que requiere. Esta postura de la Administración violenta varios de los principios establecidos para el buen gobierno por el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo en el año 2006, según los cuales por buen gobierno se entiende aquél que busca y promueve el interés general, la participación ciudadana, la equidad, la inclusión social y la lucha contra la pobreza, respetando todos los derechos humanos, los valores y procedimientos de la democracia y el Estado de derecho. Como ya he indicado más de una vez en mi voto la conducta del GCBA lo descalifica como "buen gobierno", toda vez que se ha desentendido de brindar inclusión social al amparista, no da prueba de su lucha contra la pobreza ni respeto por los derechos humanos y la vigencia de los valores democráticos.

8. En definitiva, demostrada la omisión manifiestamente arbitraria del GCBA en otorgar el permiso al actor, la afectación clara de esa conducta en derechos fundamentales titularizados por el Sr. Poulakis y la arbitrariedad e incongruencia del fallo del tribunal superior de la causa, voto por hacer lugar al recurso y revocar la sentencia recurrida, con costas.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Si bien la Cámara ha favorecido el ejercicio de la defensa del actor concediendo el recurso de inconstitucionalidad, lo cierto es que el recurrente no ha traído agravios que funden, suficientemente, la relación directa que existiría entre las cláusulas constitucionales invocadas, el derecho a trabajar y la garantía de igualdad, y lo resuelto por el *a quo*.

2. Primeramente, cabe señalar que la pretensión del actor, tal como él la formula en su recurso de inconstitucionalidad, consiste en que se "'...declare la inconstitucionalidad de la resol. 24/GCBA/SSCC/07 [en cuanto su...] art. 2º supedita el otorgamiento de nuevos permisos de venta ambulante (...) al dictado del corres-

pondiente acto administrativo, ley, decreto que modifique el dec. regl. 612/07', por considerar que la norma alegada vulnera [su...] derecho de trabajar" (fs. 208/208 vta.). Sostiene, asimismo, que esa norma resulta inconstitucional atento su situación de discapacitado, la que señala se encuentra tutelada por leyes nacionales, tratados internacionales y la ley local 1502. La pretensión descripta, a su vez, resulta coincidente con la que el *a quo* describe al relatar los hechos en su sentencia.

2.1. Ahora bien, una pretensión en esos términos, esto es, una que persiga, exclusivamente, la derogación de una norma mediante una sentencia judicial, resulta propia de la acción prevista en el art. 113, inc. 2º, de la CCBA; ello, siempre y cuando la pretensión se circunscriba a la pérdida de efectos de la norma cuestionada en términos abstractos. Empero, esa petición resulta ajena al concepto de "caso" o "causa" previsto en los arts. 106 y 113, inc. 3º, de la CCBA y 116 de la C.N. Esa sola circunstancia bastaría para declarar mal concedido el presente recurso.

3. No obstante ello, y aun en el supuesto de que cupiere entender que la pretensión del actor descripta *supra* contiene también la de que se le otorgue, judicialmente, "un permiso para vender alimentos en la vía pública" —tal como parece haber estado conformada la pretensión inicial del actor en su escrito de inicio (conf. fs. 1)—, lo cierto es que ello no modifica la suerte de este recurso.

3.1. La emisión de un acto administrativo —carácter que reviste el acto mediante el cual se le otorga a un administrado un permiso para realizar la actividad de venta de alimentos en la vía pública— es una facultad de la que los jueces carecen por tratarse de una función administrativa, la que aun cuando dependa, en primer término, de una creación legislativa, la Constitución local obliga a que sea atribuida a la rama ejecutiva. Excepcionalmente, el legislador puede investir a los jueces con la facultad de emitir decisiones que reconozcan derechos que podrían también ser reconocidos por la Administración en ejercicio de la función administrativa. Ahora bien, para que ello ocurra esa facultad debe: *i)* provenir de la ley; *ii)* ser una facultad suficientemente reglada como para eliminar cualquier discrecionalidad que pudiera ser propia de la Administración y no del juez; y, *iii)* ser una cuestión que soporte gozar de la estabilidad propia de la cosa juzgada judicial. Ahora bien, en el caso, el recurrente no ha ni siquiera alegado que el derecho que pretende le sea otorgado sea uno de estos últimos.

3.2. Además, tampoco demuestra que la interpretación que realizó la Cámara, con apoyo en las normas locales no constitucionales por él invocadas, entre otras, el decreto reglamentario de la ley 1166, esto es, el dec. 612/04, la ley 1502 y la resol. 24/GCBA/SSCC/07 —normas que el *a quo* relata formaron parte, al igual que en esta oportunidad, de los agravios del actor—, sea insostenible. En este orden de ideas, la Cámara sostuvo que el actor no había acreditado, suficientemente, contar con un derecho a que la Administración le otorgue el permiso que acá solicita. En palabras de la Cámara: "...no se advierte la existencia de actos u omisiones que con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, afecten los derechos del actor". A lo

que el *a quo* agregó que "...en relación a la afectación del derecho constitucional a trabajar, es pacífica la opinión de la doctrina y la jurisprudencia en que los derechos se ejercen conforme las leyes que reglamente su ejercicio. En el caso, en virtud de la particular actividad de que se trata, además de hallarse sujeta a la reglamentación que exista respecto de la concesión y autorizaciones para ejercerla" (fs. 203 vta.).

3.3. Si bien el recurrente sostiene que la Administración le ha denegado arbitrariamente el permiso que solicitó, lo que, sostiene, viola su derecho a trabajar y la garantía de igualdad, no ha identificado, más allá de las menciones genéricas que hace en su recurso, ninguna norma constitucional que le otorgue un derecho con el alcance que él pretende, esto es, uno que le reconozca el derecho a obtener un permiso para vender alimentos en la vía pública. A su vez, tampoco ha demostrado que la interpretación que realizó la Cámara de las normas locales no constitucionales por él citadas sea insostenible.

3.4. Finalmente, señala que la Cámara omitió, arbitrariamente, tener en cuenta lo dispuesto en la ley 1502 y su decreto reglamentario. Pero, la mera mención de esas normas sin que ella venga acompañada de argumentos tendientes a explicar por qué la Cámara debió tener en cuenta lo allí previsto para resolver, no permite descubrir cuál habría sido, a criterio del recurrente, la arbitrariedad en que incurrió el *a quo*.

Por ello, y lo concordantemente dictaminado por el fiscal general adjunto, voto por declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad. Costas por su orden (conf. el art. 14 de la CCBA).

El juez José O. Casás dijo:

1. En las presentes actuaciones el Sr. Anastasio Poulakis promovió una acción de amparo contra el GCBA. El actor, concretamente, solicitó que "*se declare la inconstitucionalidad de la resol. 24/GCBA/SSCC/07*, cuyo art. 2º supedita el otorgamiento de nuevos permisos de venta ambulante —como el que fuera oportunamente solicitado— al dictado del correspondiente acto administrativo, ley, decreto que modifique el dec. regl. 612/04, vulnerando (su) derecho a trabajar y condicionándolo al futuro e incierto dictado de dicho acto, decreto o ley; y *por lógica consecuencia se (le) otorgue el permiso correspondiente para vender alimentos en la vía pública*" (fs. 1, el destacado ha sido añadido).

En su demanda el actor señaló que, si bien cumplió con todos los trámites que le requirió el Gobierno para evaluar su solicitud —orientada a la obtención de un permiso que le permita vender alimentos en la vía pública—, hasta el momento sólo se le notificó con fecha 8/9/2008 su incorporación —el día 12/6/2006— al registro de postulantes para permisos de uso bajo el 357 —creado por la autoridad de aplicación de la ley 1166.

Añadió que, en esa misma notificación del día 8/9/2008, se le hizo saber "a todo evento" que "conforme la resol. 24/GCBA/SSCC/07 en su art. 2º ha establecido: 'la adjudicación de nuevos permisos de usos en la vía pública para la elaboración

y expendio por cuenta propia de productos alimenticios en ubicaciones fijas y determinadas, Categorías I, II y III y Venta Ambulante, quedará supeditada al dictado del correspondiente acto administrativo (decreto, ley o resolución) que modifique el dec. regl. 612/04" (conf. notificación obrante a fs. 85).

El Sr. Poulakis destacó que padece una discapacidad visual, por lo cual el Estado, con arreglo a lo dispuesto en la legislación vigente (ley 1502), debe atender su pedido con especial preferencia.

2. La sentencia de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo CAyT, al revocar la decisión del juez de grado —apelada oportunamente por el GCBA—, señaló que, en el caso, "no se advierte la existencia de actos u omisiones que con arbitrariedad o ilegitimidad manifiesta, afecten los derechos del actor" (punto 7 del pronunciamiento obrante a fs. 203/204).

Para decidir de esta manera, el tribunal *a quo* recordó que, a tenor del principio de "relatividad", todos los derechos de rango constitucional lo son con el alcance y extensión que les asignen "las leyes que reglamenten su ejercicio" (art. 14, C.N.), más allá de que dicha legislación requiera satisfacer la regla de la "razonabilidad" (art. 28, C.N.). También enfatizó que, más allá de la especial consideración que debe darse al actor por la discapacidad visual que padece, la Constitución no parece haber consagrado en favor de ningún vecino un derecho irrestricto para desarrollar actividades comerciales en el espacio público y admitir esa posibilidad "no parece prudente o razonable de sostener" (punto 8).

Por otro lado, la Sala II señaló que la falta de una reglamentación en la Ciudad que le permita al actor contar en la actualidad con un permiso para la venta de productos en la vía pública no puede interpretarse "como una consagración del libre uso de los espacios públicos, que poseen un régimen especial y estricto, en virtud de la función social que desarrollan respecto de las necesidades vitales de la comunidad" (punto 6). Concluyó entonces que los magistrados no pueden conceder un uso privilegiado del dominio público para desarrollar actividades comerciales sin una norma expresa que así lo autorice (punto 8).

3. Sentado lo expuesto, entiendo que el recurso de inconstitucionalidad deducido no puede prosperar, en tanto no logra poner en crisis la sentencia objetada.

Tal como lo sostienen en su voto mi colega el doctor Luis F. Lozano y en su dictamen el señor fiscal general adjunto (fs. 236/237 vta.), a cuyos términos me remito en homenaje a la brevedad, los agravios planteados a partir de la genérica invocación del derecho a trabajar y la garantía de igualdad no resultan idóneos para rebatir los concretos fundamentos utilizados por la Cámara para resolver el rechazo de la pretensión. En otras palabras, a partir de la argumentación contenida en el recurso, el actor no alcanza a demostrar que la decisión atacada —respaldada en la interpretación de las normas de naturaleza infraconstitucional que regulan el uso del espacio público en la Ciudad— se traduzca en una afectación de los preceptos constitucionales invocados en el remedio intentado.

Lo señalado, en mi concepto, es suficiente para declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad incoado.

4. Sólo deseo agregar, a mayor abundamiento, algunas breves reflexiones adicionales.

4.1. En primer lugar, desde mi punto de vista, la pretensión que es objeto del juicio, tal como ha sido formulada (véase transcripción volcada en el punto 1 de este voto), resulta inviable.

Ello es así porque, aun cuando —eventualmente— se pudiera resolver para el caso concreto la alegada inconstitucionalidad de la resol. 24/GCBA/SSCC/07, cuyo art. 2º supedita el otorgamiento de nuevos permisos de venta ambulante al dictado de una reglamentación que modifique el dec. 612/04 (primer pedido que contiene el escrito de inicio), ello no podría traducirse en una suerte de *otorgamiento automático por parte de un juez* de la reclamada habilitación especial para vender en la vía pública (segundo pedido que contiene el escrito de inicio); en rigor, a partir de la declaración de inconstitucionalidad de la resol. 24/GCBA/SSCC/07, ni siquiera podría establecerse en sede judicial una condena que obligara al GCBA a *otorgar* el mentado permiso precario de uso en favor del amparista (posible lectura alternativa del segundo pedido que contiene el escrito de inicio).

La explicación es sencilla: la venta en la vía pública en la Ciudad no está regulada exclusivamente por la citada resol. 24/GCBA/SSCC/07, sino por una ley —cuya inconstitucionalidad no ha sido alegada en el proceso— que supedita el ejercicio de esa actividad al otorgamiento de un permiso precario de uso especial por parte de la Administración (art. 11.1.2., ley 1166), cuestión que, a su vez, se encuentra reglamentada por el dec. 612/04, cuya declaración de inconstitucionalidad para el caso tampoco ha sido requerida en autos.

En suma, si por hipótesis se resolviera dejar de aplicar para el caso concreto la resol. 24/GCBA/SSCC/07 por considerarla inconstitucional —como se reclama en esta causa—, ello sólo daría margen para ordenar que el GCBA, al valorar la situación del Sr. Poulakis, no pueda invocarla como motivación del acto administrativo que aborde la cuestión. Pero esto, claramente, no es lo que se pretende con esta acción amparo.

4.2. Por otro lado, si lo que se denuncia en este proceso judicial es, lisa y llanamente, una inconstitucionalidad derivada de la alegada omisión ilegítima que surgiría debido a que el GCBA no dicta la reglamentación a la que se refiere la mentada resol. 24/GCBA/SSCC/07, un magistrado que —eventualmente— decidiera hacer lugar a este planteo por considerarlo admisible desde lo formal y procedente en el caso concreto, a lo sumo, se encontraría en condiciones de poder exhortar —de algún modo— a las autoridades competentes para que emitan esa reglamentación dentro del plazo que se estime razonable. Es que la eventual constatación de un incumplimiento ilegítimo de lo previsto en la citada resol. 24 por parte del Gobierno no bastaría para resolver la inconstitucionalidad de dicho precepto, ya que, en todo caso, lo que se consideraría reñido con la Constitución no sería el

contenido puntual de esa resolución incumplida, sino la conducta omisiva de la autoridad estatal —que no la acata—. Pero esto tampoco es lo que se pretende con esta acción de amparo, ya que, como se dijo, el actor litiga para obtener una orden judicial que le permita ejercer la venta en la vía pública y no para lograr el dictado de aquella reglamentación aparentemente omitida, circunstancia que, por lo demás, tampoco parece haber sido objeto de algún reclamo en sede administrativa por parte del interesado.

4.3. A todo evento, cabe señalar que tampoco se trata el presente de un *amparo por mora*.

5. Finalmente, y sin perjuicio de lo expuesto en los puntos precedentes, resulta necesario aclarar que la decisión que se adopta no implica consentir —de ninguna manera— la actitud omisiva del Gobierno que denuncia el amparista, toda vez que en este voto no se ingresa en su consideración por estimarlo inconducente, ya que el examen de tal circunstancia resulta irrelevante a tenor de lo que se pretende lograr a partir de esta acción judicial. Lo que aquí se decide tampoco obsta a que el actor incite por las vías pertinentes la intervención de las autoridades especialmente encargadas de la protección y asistencia de las personas con necesidades especiales, para que aborden la particular situación que describe. El GCBA tiene obligaciones constitucionales específicas que debe cumplir para tutelar los derechos e intereses de las personas con necesidades especiales que se encuentran reconocidos por el ordenamiento jurídico (art. 42, CCBA).

Por las consideraciones expuestas voto por declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad intentado. Costas por su orden (art. 14, CCBA).

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez José O. Casás.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Anastasio Poulakis.

2º. *Imponer* las costas por su orden.

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 - José O. Casás.*

CXVII

"MERLO, FAVIO JUVENAL S/INF. ART. 189 BIS, PORTACIÓN DE ARMAS DE FUEGO DE USO CIVIL, C.P. (P/LEY 2303) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Portación de arma de fuego de uso civil. Agravante. Antecedentes penales. REINCIDENCIA: Principio de *ne bis in idem*. Principio de culpabilidad. Derecho penal de autor.

SUMARIOS:

1. El Tribunal ya tuvo oportunidad de pronunciarse acerca de la inconstitucionalidad de la figura agravada del delito de portación de arma de fuego de uso civil, sin autorización legal, por registrar antecedentes dolosos contra las personas o por el uso de armas, en los precedentes "Lemes" (expte. nº 4603/05 y su acumulado nº 4602/05, resolución del 19/7/2006), "Rodríguez" (expte. nº 6146/08 y su acumulado nº 6148/08, resolución del 17/12/2008), "Baigorria" (expte. nº 6192/08 y su acumulado nº 6195/08, resolución del 11/2/2009) y, finalmente, "Taboada Ortiz" (expte. nº 6457/09 y su acumulado 6462/09, resolución del 29/7/2009), y los argumentos allí expuestos por la mayoría no han sido seriamente controvertidos por el recurrente, que no se ha hecho cargo de aquéllos, ni ha expresado razones que justifiquen revisar lo decidido o que puedan llevar a modificarlo. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás. En sentido concordante véase voto del señor juez Luis F. Lozano).*

2. La tacha de inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia (art. 50, C.P.), fundada exclusivamente en la lesión a los principios de culpabilidad y *ne bis in idem*, resulta extemporánea, por prematura, de acuerdo al criterio sostenido reiteradamente por este Tribunal (en "Lemes"; recientemente recordado en "Morales", expte. nº 6808/09, resolución del 17/3/2010), en tanto nada obsta a que, de hacerse efectivo el gravamen derivado de la declaración de reincidencia que se impugna, la defensa realice los planteos recursivos pertinentes que deberán ser atendidos por las instancias de mérito y, llegado el caso, también por este Estrado. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás. En sentido concordante véase voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. El recurso de inconstitucionalidad fue correctamente concedido por la Cámara con relación al planteo vinculado con la inconstitucionalidad de la figura agravada del delito de portación no autorizada de arma de fuego de uso civil por registrar antecedentes de delitos dolosos contra las personas o por el uso de armas, pues la agravante es inconstitucional, ya que la norma impugnada, al aumentar de manera automática y muy significativa el rango de la pena aplicable en razón de la situación penal previa del procesado, instaura un *status* diferenciado de personas y consagra una política criminal selectiva violatoria de la garantía de trato igualitario, fundamento último del derecho penal moderno. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

4. El recurso de inconstitucionalidad fue incorrectamente concedido respecto de la inconstitucionalidad de la reincidencia (art. 50, C.P.) ya que la declaración formal de reincidencia no constituye agravio actual alguno sino hipotético, pues

esa declaración podrá tener eventualmente un efecto real y constituir un agravio el día que el recurrente solicite la libertad anticipada (o libertad condicional) ya que esa declaración obstaría a la procedencia de tal beneficio. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. SAPCyF nº 7098/10 - 26/5/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El abogado defensor de Favio Juvenal Merlo interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 224/245) contra el pronunciamiento de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, del día 17/11/2009 (fs. 204/213), en cuanto confirmó la sentencia de primera instancia que condenó al Sr. Merlo —a la pena de cuatro años de prisión, de efectivo cumplimiento, accesorias legales y costas—, por hallarlo autor responsable del delito de portación de arma de uso civil sin la debida autorización legal, "agravada por registrar antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas de fuego"; rechazando las declaraciones de inconstitucionalidad de la agravante prevista en el art. 189 bis, apart. 2º, último párrafo, C.P. y del instituto de la reincidencia establecido en el art. 50, C.P., solicitadas —a su turno— por el defensor oficial que le precedió en su actuación (fs. 72/73).

2. Los agravios planteados por el abogado particular en el recurso de inconstitucionalidad son, resumidamente, los siguientes:

a) Nulidad de la detención del Sr. Merlo, puesto que, según alega, no se presentaron en el caso los "indicios vehementes de culpabilidad" exigidos por el art. 284, inc. 3º, CPPN (*sic*) para validar una detención sin orden de la autoridad judicial;

b) Nulidad de la pericia realizada sobre el arma de fuego secuestrada, por haber sido efectuada sin la debida notificación a la defensa, vulnerando las garantías constitucionales de debido proceso y defensa en juicio;

c) Arbitrariedad en la valoración de la prueba producida en el debate;

d) Errónea calificación legal, porque, en su opinión, se trataría de una tenencia y no de una portación;

e) Inconstitucionalidad de la agravante prevista en el art. 189 bis, apart. 2º, último párrafo, C.P., porque lesionaría el principio *ne bis in idem* y el principio de culpabilidad en dos derivados esenciales: el principio de proporcionalidad y su manifestación en un derecho penal de autor;

f) Inconstitucionalidad del régimen de reincidencia (art. 50, C.P.).

3. El recurso de inconstitucionalidad fue admitido, parcialmente, por la Cámara, en lo atinente a los agravios vinculados con la inconstitucionalidad de la agravante

prevista en el art. 189 bis, apart. 2º, último párrafo, C.P., y del instituto establecido en el art. 50, C.P. (fs. 252/253).

4. El señor fiscal general adjunto, al dictaminar (fs. 261/266), concluyó que el recurso de inconstitucionalidad parcialmente concedido por el tribunal *a quo* debía ser rechazado.

FUNDAMENTOS:

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

1. En primer lugar, el recurso de inconstitucionalidad fue concedido parcialmente por los integrantes de la Sala III del tribunal *a quo*, en cuanto a la mencionada inconstitucionalidad de la figura agravada del delito de portación de arma de fuego de uso civil, sin autorización legal, "por registrar antecedentes dolosos contra las personas o por el uso de armas" (punto 2.e de las resultas). Puntualmente, el letrado defensor del Sr. Merlo considera que la previsión legal aplicada al caso "resulta incompatible con las normas que derivan de la C.N. y de los tratados internacionales de derechos humanos, en cuanto torna en letra muerta el principio de culpabilidad por el hecho, vulnera la prohibición de múltiple persecución penal y resulta a todas luces desproporcionada" (fs. 235).

Al respecto es preciso recordar que este Tribunal ya tuvo oportunidad de pronunciarse acerca de esos mismos temas en los precedentes "Lemes" (expte. nº 4603/05 y su acumulado nº 4602/05, resolución del 19/7/2006), "Rodríguez" (expte. nº 6146/08 y su acumulado nº 6148/08, resolución del 17/12/2008), "Baigorria" (expte. nº 6192/08 y su acumulado nº 6195/08, resolución del 11/2/2009) y, finalmente, "Taboada Ortiz" (expte. nº 6457/09 y su acumulado 6462/09, resolución del 29/7/2009). Los argumentos allí expuestos por la mayoría de este Tribunal no han sido seriamente controvertidos por el recurrente, que no se ha hecho cargo de aquéllos —pues sólo hace mención al voto, en disidencia, de la jueza, doctora Alicia E. C. Ruiz, en el último de esos precedentes (fs. 236/237), o a decisiones dictadas, con anterioridad, por tribunales de las instancias de mérito de esta Ciudad— ni ha expresado razones que justifiquen revisar lo decidido o que puedan llevar a modificarlo, por lo cual el planteo debe ser rechazado sin más trámite.

2. Por último, el recurso de inconstitucionalidad también fue concedido en lo que respecta a la invocada inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia (punto 2.f de las resultas de esta sentencia). Al respecto, corresponde decir que la tacha de inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia (art. 50, C.P.), fundada exclusivamente en la lesión a los principios de culpabilidad y *ne bis in idem*, resulta extemporánea, por prematura, de acuerdo al criterio sostenido reiteradamente por este Tribunal (en "Lemes", ya citado; recientemente recordado en "Morales", expte. nº 6808/09, resolución del 17/3/2010), en tanto nada obsta a que, de hacerse efectivo el gravamen derivado de la declaración de reincidencia que se impugna, la defensa realice los planteos recursivos pertinentes que deberán ser atendidos por las instancias de mérito y, llegado el caso, también por este estrado.

Por lo expuesto, votamos por rechazar el recurso de inconstitucionalidad con relación al agravio mencionado en el primer punto de este voto y declararlo mal concedido en lo relativo al agravio referido en el punto dos.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Comparto el voto conjunto de los jueces Conde y Casás, en cuanto sostienen que corresponde remitirse a los precedentes allí citados, en atención a que los argumentos vertidos en mis votos en aquellas oportunidades resultan suficientes, por un lado, para dar respuesta a la alegada inconstitucionalidad del agravante previsto en el art. 189 bis del C.P. y, por otro, descartan que ésta sea la oportunidad adecuada para traer a conocimiento de este Estrado los planteos sobre la inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia del art. 50 del C.P., únicos agravios por los que fue concedido el recurso de inconstitucionalidad.

Por lo expuesto, voto por *i)* declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad en lo relativo a la inconstitucionalidad del art. 50 del C.P. y *ii)* rechazarlo con relación a la inconstitucionalidad del art. 189 bis del C.P. y confirmar la sentencia apelada en ese aspecto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Con relación al planteo vinculado con la alegada inconstitucionalidad de la figura agravada del delito de portación no autorizada de arma de fuego de uso civil por registrar antecedentes de delitos dolosos contra las personas o por el uso de armas, entiendo que el recurso fue correctamente concedido por la Cámara. El caso es similar al que resolvió el Tribunal 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° 6146/08, y su acumulado "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.'", expte. nº 6148/08, sentencia del 17/12/2008. Por ese motivo, tomaré las consideraciones que realicé al votar en aquella sentencia, en tanto son aplicables a este caso.

2. La norma impugnada prescribe que "el que registrare antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas, o se encontrare gozando de una excarcelación o exención de prisión anterior y portare un arma de fuego de cualquier calibre, será reprimido con prisión de cuatro (4) a diez (10) años" (conf. art. 189 bis, inc. 2º, último párrafo, C.P., según modificación introducida por la ley 25.886).

3. Entiendo que asiste razón a la defensa y que la agravante es inconstitucional.

La norma impugnada, al aumentar de manera automática y muy significativa el rango de la pena aplicable en razón de la situación penal previa del procesado, instaura un *status* diferenciado de personas y consagra una política criminal selectiva violatoria del la garantía de trato igualitario, fundamento último del derecho penal moderno.

Dicho en otros términos, la norma convierte en atributos de la personalidad y con ello da carácter ontológico a circunstancias que facultan (sino obligan) al juzgador a discriminar de manera objetiva entre clases de sujetos, e impone consecuencias más gravosas a quienes ya fueron condenados por el sistema punitivo estatal. La cuestión es harto significativa porque el reproche penal agravado sigue al fracaso evidente de aquellas primeras acciones punitivas estatales. Ahora, en virtud del artículo cuestionado, aquel fracaso se traslada al ámbito de la responsabilidad individual del procesado al que se lo constituye como un sujeto "fallido", definido no por el acto que se juzga sino por su historia registrada.

4. Respecto de la alegada inconstitucionalidad de la reincidencia (art. 50, C.P.) entiendo que el recurso fue incorrectamente concedido ya que la declaración formal de reincidencia no constituye agravio actual alguno. Tal como afirmara el juez Maier en autos "Ministerio Público – Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 8 s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Prescava, David Daniel s/art. 189 bis, C.P.'", resolución del 25/2/2005, voto al que adherí: "esa declaración podrá tener eventualmente un efecto real y constituir un agravio el día que el recurrente solicite la libertad anticipada (o libertad condicional) ya que esa declaración obstaría a la procedencia de tal beneficio. No obstante, tales extremos no se encuentran reunidos a la fecha por lo que el agravio es, como se expresó, meramente hipotético".

5. En consecuencia, voto por declarar bien concedido el recurso de inconstitucionalidad respecto de la inconstitucionalidad de la figura agravada del delito de portación no autorizada de arma de fuego de uso civil por registrar antecedentes de delitos dolosos contra las personas o por el uso de armas, y declarar la inconstitucionalidad del art. 189, bis, inc. 2º, último párrafo, C.P., (según modificación introducida por la ley 25.886), y por declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad respecto del agravio referido a la reincidencia.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el fiscal general adjunto, y por mayoría con respecto al punto 2,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* mal concedido el recurso de inconstitucionalidad en lo relativo a la inconstitucionalidad del art. 50, C.P.

2º. *Rechazar* el recurso de inconstitucionalidad con respecto a la inconstitucionalidad del art. 189 bis, inc. 2º, último párrafo, C.P.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique a la Fiscalía, a la defensa y personalmente al imputado, mediante oficio ley 22.172, y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

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

CXVIII

"MINISTERIO PUBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'LEGAJO DE EJECUCIÓN EN AUTOS: HOLZMANN, HORACIO FRANCISCO S/INFR. ART. 189 BIS —C.P.'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Sentencia definitiva. SUSPENSIÓN DEL PROCESO PENAL A PRUEBA: Incumplimiento de las reglas de conducta. Revocación. Cuestiones de hecho. DEPÓSITO: Exención. Beneficio de litigar sin gastos.

SUMARIOS:

1. El recurso de queja no logra rebatir las razones que la Cámara brindó al denegar el recurso de inconstitucionalidad, pues la defensa no logra exponer de forma concreta, clara y ordenada la crítica a los motivos por los cuales la Cámara consideró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad intentado. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. Corresponde la exención del pago del depósito cuando el recurso procede de la defensa oficial. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. El recurso de queja debe ser rechazado en atención a que el pronunciamiento a cuya revisión aspira el recurrente no constituye una sentencia definitiva, ni la recurrente ha logrado conectar el fallo impugnado con garantías que requieran tutela inmediata. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. Los planteos de la defensa se limitan a insistir con su enfoque acerca de cuestiones procesales o de hecho, como lo son determinar si el incumplimiento de las reglas de conducta y la incomparencia reiterada del imputado a las audiencias convocadas por el magistrado de primera instancia se encuentran justificados o si las explicaciones brindadas resultan suficientes para que evitar la revocación de la suspensión del proceso a prueba. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

5. La decisión de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas al confirmar aquella adoptada por la jueza de primera instancia, quien —luego de ampliar el plazo de suspensión del proceso y disponer la celebración de reiteradas audiencias— revocó la suspensión del proceso a prueba en razón de considerar acreditado el incumplimiento de las reglas de conducta oportunamente impuestas y tener por demostrada la reticencia del imputado para su cumplimiento, no constituye sentencia definitiva en el sentido del art. 27 de la ley 402, ni puede ser equiparada a tal, en tanto se trata de una decisión adoptada durante la tramitación del proceso cuya consecuencia es la continuación de aquel. *(Voto del señor juez José O. Casás. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. Corresponde diferir la consideración del depósito que reclama la queja vencida (art. 34, ley 402) a las resultas del trámite del beneficio de litigar sin gastos iniciado ante el juez de la causa. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

7. Parece un exceso tildar de arbitraria o irrazonable a la decisión de revocar la suspensión del juicio a prueba, que fue resuelta y confirmada por los jueces de la causa, frente a los reiterados e injustificados incumplimientos de las reglas de conducta oportunamente impuestas. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. SAPCyF nº 6739/09 - 26/5/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El defensor general interpuso queja (fs. 40/48) contra el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad mediante el cual atacó la decisión de la Sala I que, en lo que aquí importa, había confirmado la revocatoria de la suspensión del proceso a prueba oportunamente dispuesta (fs. 19/22). La señora jueza de trámite, luego de consultados los restantes miembros del Tribunal, solicitó la remisión de las actuaciones principales.

2. De la lectura de las constancias recibidas en el Tribunal, como así también de las copias aportadas por la defensa al interponer la queja, surge que, el 26/9/2007, la titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 5 había resuelto suspender el proceso a prueba a favor del Sr. Holzmann. En esa oportunidad, impuso como regla de conducta, entre otras, el cumplimiento de 60 horas de trabajo no remunerado que debían ser realizadas en dependencias del GCBA. El 5/5/2008 ante el incumplimiento parcial de esa regla, y luego de recabados los informes que están agregados a fs. 21 y 24 de los autos principales —de aquí en adelante, salvo indicación en contrario, la numeración corresponde a los autos principales—, la señora fiscal interviniente solicitó a la magistrada la realización de la audiencia prevista en el art. 311, CPP, a fin de oír las explicaciones que pudiera dar el acusado sobre el punto.

El 23/7/2008 se realizó la audiencia indicada (fs. 56). En esa ocasión, el imputado explicó su incomparecencia al señalar que había estado internado tres veces durante el período en cuestión (por problemas de salud y porque había sufrido un accidente de tránsito), a la vez que puso en conocimiento que tenía "serios problemas laborales, ya que trabaja como remisero y tuvo que vender el auto". Su defensa, en consecuencia, solicitó la concesión de una prórroga para que el acusado pudiera cumplir con el compromiso asumido. La magistrada hizo lugar a lo solicitado y, por lo tanto, amplió por el término de dos meses el plazo originalmente asignado para finalizar con los trabajos comunitarios impuestos.

Frente a la reiteración de los incumplimientos —acreditada con nuevos informes de la Oficina de Control de Suspensión del Proceso a Prueba, fs. 62/63— el 19/11/2008, la señora fiscal solicitó la realización de una nueva audiencia de conformidad con lo establecido en el art. 311, CPP. La defensa, ante la solicitud

fiscal, indicó que el Sr. Holzmann continuaba desocupado y que, además, "por la avanzada edad de su madre (sumado a ello, los problemas de salud que la aquejan), el nombrado ha debido permanecer junto a ella, de manera casi permanente, para darle los cuidados necesarios". Por su parte, ratificó la voluntad de continuar con la suspensión del proceso a prueba y, en este sentido, por las dificultades económicas y personales del acusado, ofreció que realice las tareas impuestas en un hospital cercano a su domicilio (fs. 67). La jueza corrió traslado a la Fiscalía de la propuesta de la defensa. La señora fiscal propició discutir el punto en la audiencia que había solicitado oportunamente (fs. 69).

La señora jueza fijó nueva audiencia para el 23/12/2008, la cual no se realizó ante la incomparecencia del imputado (fs. 72). La defensa, ante ello, presentó un escrito mediante el cual informó que, pese a los esfuerzos realizados, no había podido comunicarse con su asistido. Indicó, asimismo, que la última vez que había tomado contacto con el Sr. Holzmann éste "dijo padecer graves problemas de salud debido a su adicción al alcohol" por lo que solicitó que se celebrara una nueva audiencia, "ante la sospecha de que Holzman[n] haya incomparecido por algún problema de salud" (fs. 74).

La magistrada hizo lugar al pedido de la defensa y fijó fecha para la realización de una nueva audiencia, esta vez bajo apercibimiento de revocar la suspensión otorgada (fs. 75). El imputado tampoco compareció a esa nueva audiencia (fs. 86). La señora fiscal, en consecuencia, solicitó que se hiciera efectivo el apercibimiento formulado (fs. 87). La defensa, ante ello, informó que aún no se había podido contactar con su asistido, solicitó que no se revocara la suspensión sin que se realizara la audiencia prevista en el art. 311, CPP, y, además, adjuntó un informe socio-ambiental "en el que consta la situación del imputado, informe que, entiendo, debería ser tenido en cuenta para facilitar una última oportunidad de presentación del nombrado ante ese tribunal y, además, para habilitar la decisión de modificar las condiciones de suspensión del proceso a prueba" (fs. 89/91). Frente a la nueva solicitud, la magistrada resolvió citar "por última vez" al Sr. Holzmann para que se celebre la audiencia regulada en el art. 311, CPP (fs. 98).

El día en que debía realizarse la audiencia mencionada, el imputado no asistió al juzgado. La defensa informó que "en horas de la mañana (...) personal de la defensoría (...) se hizo presente en el domicilio del señor Horacio Holzmann, siendo atendidos por el nombrado, quien informó que no puede presentarse en la fecha ante ese tribunal porque su madre tiene un estado de salud delicado (...) motivo por el cual solicitó que se le dé un último plazo de 48 horas para administrar la solución necesaria para presentarse, en ese mismo plazo, ante la señora jueza" (fs. 102). Esa petición fue rechazada (fs. 103). En la misma providencia, la magistrada corrió traslado a la defensa del pedido de revocatoria que realizó la Fiscalía. El defensor del Sr. Holzmann propició que se rechazara el pedido fiscal, reiteró sus argumentaciones en torno a la particular situación personal del imputado y agregó que una decisión que revoque la suspensión del proceso a prueba, en el caso, lesionaría el

principio de legalidad, el de razonabilidad de los actos de los poderes públicos y la garantía de defensa en juicio (fs. 104).

3. El 15/4/2009 la señora jueza revocó la suspensión del proceso a prueba (fs. 105/06). La defensa apeló esa decisión y expuso los siguientes motivos de agravio: presunta arbitrariedad de la resolución, lesión al derecho de defensa en juicio y violación de los principios de inocencia y de legalidad (fs. 107/112). La Cámara confirmó la decisión de primera instancia (fs. 132/135).

4. La defensa interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia de Cámara ya mencionada (fs. 23/36, en adelante, la numeración corresponde a este expediente). En ese escrito, denunció que la resolución atacada lesionó el principio de razonabilidad de los actos de los poderes públicos, la garantía de la defensa en juicio y el principio de igualdad ante la ley porque la Sala no tomó en cuenta las razones —económicas y de salud— que impidieron al imputado cumplir con los trabajos no remunerados impuestos como regla de conducta; asimismo, los magistrados tampoco habrían considerado la solicitud de cambio de aquellas reglas, basada en que la situación personal del acusado se había agravado luego de que se resolvió la suspensión del proceso a prueba. Además, argumentó que la decisión de Cámara afectaba el principio de inocencia porque los magistrados le exigieron al imputado documentar sus dichos sobre cuáles habían sido los motivos para no cumplir con las pautas impuestas, más allá de los informes socio-ambientales elaborados por funcionarios del Ministerio Público Fiscal y de la defensa que fueron presentados oportunamente.

5. La Sala I declaró inadmisible el recurso interpuesto porque no atacaba una decisión definitiva ni equiparable a tal. Además, señaló que la defensa no exponía un caso constitucional, sino que simplemente reeditaba planteos anteriores basados en su discrepancia con la interpretación de hechos y pruebas (fs. 38/39).

6. El señor fiscal general adjunto, al contestar la vista conferida (fs. 51/52) propició el rechazo de la queja porque, según argumentó, la defensa no cuestionó de forma suficiente el auto denegatorio que ataca. En el mismo sentido, indicó que consideraba que la decisión que revocó la suspensión del proceso a prueba no era equiparable a una sentencia definitiva y, además, que el recurrente no demostró la existencia de un caso constitucional.

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja fue interpuesto por escrito, ante el Tribunal y en tiempo oportuno. Sin embargo, debe ser rechazado.

2. La queja no logra rebatir las razones que la Cámara brindó al denegar el recurso de inconstitucionalidad. En el recurso de hecho la defensa no logra exponer de forma concreta, clara y ordenada la crítica a los motivos por los cuales la Cámara consideró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad intentado (conf. TSJBA

in re "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. n° 865, resolución del 9/4/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], 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 la sentencia definitiva; y *b)* que "si bien el recurrente menciona que se han violado los principios de razonabilidad, igualdad ante la ley, defensa en juicio e inocencia ... sus agravios encubren bajo dicho ropaje cuestiones de hecho y prueba, que no son aptos para habilitar la procedencia del remedio intentado" (fs. 39 vta.).

En este sentido, cabe recordar que "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], t. II, pp. 20 y ss.).

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, 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 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.

4. Por las razones expuestas, voto por rechazar la queja.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Comparto la solución propiciada por la jueza de trámite Alicia E. C. Ruiz. La queja interpuesta debe ser rechazada en atención a que el pronunciamiento a cuya revisión aspira el recurrente no constituye una sentencia definitiva, ni la recurrente ha logrado conectar el fallo impugnado con garantías que requieran tutela inmediata (véase mis votos *in re* "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 3— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Herrera, Juan s/art. 189 bis, C.P. —apelación'", expte. nº 4750/06,

sentencia del 24/10/2006 y "Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Lucía, Juan Pedro s/infr. art. 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes —CC—'", expte. n° 6292/08, sentencia del 18/5/2009). Los planteos de la defensa se limitan a insistir con su enfoque acerca de cuestiones procesales o de hecho, como lo son determinar si el incumplimiento de las reglas de conducta y la incomparencia reiterada del imputado a las audiencias convocadas por el magistrado de primera instancia se encuentran justificados o si las explicaciones brindadas resultan suficientes para que evitar la revocación de la suspensión del proceso a prueba.

2. 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 de septiembre de 2005.

Por lo expuesto, voto por rechazar la queja articulada a fs. 40/48.

El juez José O. Casás dijo:

1. La queja interpuesta a fs. 40/48 debe ser rechazada pues el recurso de inconstitucionalidad que viene a defender no fue interpuesto contra una sentencia definitiva u otra decisión que pueda serle equiparada (art. 27, ley 402).

En efecto, se trata de una disposición de los jueces de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas que confirmó otra, adoptada por la jueza de primera instancia, quien —luego de ampliar el plazo de suspensión del proceso y disponer la celebración de reiteradas audiencias (véase punto 2 del "resulta")— revocó la suspensión del proceso a prueba otorgada al señor Holzmann en razón de considerar acreditado el incumplimiento de las reglas de conducta oportunamente impuestas y tener por demostrada la reticencia del imputado para su cumplimiento (fs. 8/9). Dicha disposición no constituye sentencia definitiva en el sentido del art. 27 de la ley 402, ni puede ser equiparada a tal, en tanto se trata de una decisión adoptada durante la tramitación del proceso cuya consecuencia es la continuación de aquel (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). 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, resulta aplicable lo expuesto por 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.

2. Por lo demás, tal como lo afirma el doctor Lozano en su voto, la defensa sólo expone una interpretación distinta de los hechos y las pruebas valoradas por los jueces de mérito para revocar la suspensión de este proceso a prueba. El examen de esos elementos, por regla, no forma parte de la competencia que ejerce el Tribunal al resolver un recurso de inconstitucionalidad como el que esta queja viene a defender. Más allá de las reglas constitucionales citadas en el recurso, la defensa no logra demostrar un caso constitucional, sino que pretende una nueva revisión ordinaria de los elementos valorados en las instancias anteriores. En este sentido, cabe recordar que "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], t. II, pp. 20 y ss.).

3. Por los motivos expuestos precedentemente, y los concordantemente desarrollados por el señor fiscal general adjunto a fs. 51/53, voto por rechazar la queja interpuesta.

En cuanto al depósito que reclama la queja vencida (art. 34, ley 402), corresponde diferir su consideración a las resultas del trámite del beneficio de litigar sin gastos iniciado ante el juez de la causa, según constancias obrantes a fs. 1/2 (conf. "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Feng Chen Chih s/art. 40, CC —apelación—'", expte. nº 2212, resolución del 11/6/2003, en *Constitución y Justicia*, [Fallos del TSJBA], t. V, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 376 y ss.).

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto de mi colega, doctor José O. Casás. La decisión que fue impugnada mediante el recurso de inconstitucionalidad, que la queja obrante a fs. 40/48 defiende, no era una definitiva en los términos del art. 27, LPTSJ, ni podía equipararsela a ella desde ninguna perspectiva posible —al no demostrarse de forma concreta gravamen irreparable alguno—. Si bien lo sucedido podría exhibir algunas notas afines con lo resuelto por la CSJN *in re* "Herrera" (H.14.LXLIII del 5/2/2008), lo cierto es que en autos tampoco se fundamenta una afectación concreta a una garantía o derecho constitucional que sólo sea susceptible de una "tutela inmediata", de manera tal que pueda —sobre esa base— equipararse dicho pronunciamiento a uno definitivo (v. gr. *ne bis in idem*).

Si este motivo formal no bastara para fundar el rechazo de esta queja, alcanzaría con indicar que parece un exceso tildar de arbitraria o irrazonable a la decisión de revocar la suspensión del juicio a prueba, que fue resuelta y confirmada por los jueces de la causa, frente a los reiterados e injustificados incumplimientos de las reglas de conducta oportunamente impuestas. Surge del detallado pto. 2 de los

Resultas de esta sentencia que los esfuerzos que se han hecho, para que el imputado —más allá de los eventuales problemas económicos y de salud, que, según su defensa, le aquejan— pudiera cumplir el compromiso libremente acordado, no han sido escasos. Sobre el defensor técnico pesaba, en todo caso, frente a la incomparecencia del Sr. Holzmann y la imposibilidad de que se presentara al tribunal a pesar del apercibimiento que le había formulado la jueza de grado, la carga de acreditar debidamente los inconvenientes sufridos por su defendido, tal como lo advirtiera el tribunal *a quo*; obligación que no puede considerarse satisfecha sobre la base de las explicaciones brindadas o informadas por su defensa (a fs. 102 del principal).

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. 40/48.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

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

CXIX

"INARTECO S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'INARTECO S.A. S/INFR. ART(S). 2.1.15, ZANJAS Y POZOS EN LA VÍA PÚBLICA —LEY 451'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional. Hecho nuevo. RÉGIMEN DE FALTAS: Multa. Proporcionalidad. Bien jurídico protegido. Realización de obras en la vía pública.

SUMARIOS:

1. La defensa impugna la decisión del *a quo* de no tratar sus agravios dirigidos a controvertir la validez del art. 2º del dec. 111/08, pero no se hace cargo que fueron articulados como "hecho nuevo" ante la Cámara cuando ese decreto fue publicado en el *Boletín Oficial* casi siete meses antes de que fueran labradas las actas que dieron lugar a la presente controversia, lo que no hace evidente en qué consistiría la novedad del hecho. *(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. Ninguno de los argumentos esgrimidos por la recurrente resulta hábil para mostrar la desproporción que la defensa les imputa a las sanciones que le fueron

impuestas, esto es, una desproporción entre ellas y la afectación del bien tutelado, pues las multas por incumplimiento al régimen de faltas son determinadas por el Poder Legislativo en función del bien jurídico que se pretende tutelar. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

3. La comparación entre los valores de las multas fijadas en el caso concreto por el juez de grado y los montos de las ganancias que pueda haber acordado recibir la empresa por la realización de los trabajos en la vía pública donde se constataron las infracciones objeto de juzgamiento no resulta hábil para acreditar fehacientemente la desmesura de las multas resistidas. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

4. La quejosa dedica la mayor parte de su presentación directa a la reproducción textual de su recurso de inconstitucionalidad, con lo que no logra desvirtuar las afirmaciones realizadas por la Cámara en la providencia que motiva su presentación. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. SAPCyF nº 6886/09 - 26/5/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA

1. INARTECO S.A. (en adelante, INARTECO) interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal Contravencional y de Faltas que, al rechazar su recurso de apelación, confirmó la sentencia de primera instancia que la condenó a pagar en concepto de multa la suma de $ 138.500 por encontrarla responsable de las conductas que dieron lugar a la confección de las actas nºs. 2-1399108, 2-1399115, 2-1399112 y 2-1399110.

2. El *a quo* sostuvo, para así decidir, que los planteos dirigidos a controvertir las actas de infracción fundados en que no se consignó en ellas la norma que se estimaba infringida (conf. art. 3º, inc. c] de la ley 1217), ni se contó con testigos al momento de su confección (conf. el inc. f del mencionado artículo), no podían prosperar. En primer lugar, porque "el hecho de que el funcionario interviniente haya omitido incluir en el acta de infracción la normativa presuntamente infringida, en modo alguno acarrea la nulidad de la misma ya que no se afecta la garantía constitucional de defensa en juicio sino cuando la conducta enrostrada no se encuentre claramente descripta independientemente de la norma que se estime infringida.// Es que en este punto lo importante a los efectos de garantizar la defensa es que el imputado conozca el hecho concreto que se le atribuye, y esto se logra con la descripción detallada de su comportamiento junto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar. Pues precisamente a todo ello ha de enfrentar quien se encuentre acusado de una infracción, independientemente de la norma en la cual *prima facie* pueda subsumirse la conducta. El imputado se defiende de los hechos atribuidos, no de las normas" (fs. 55 vta.) (la cursiva corresponde al original). En segundo, porque,

a criterio del *a quo*, el art. 3º, inc. f), de la ley 1217 establece que debe hacerse constar en el acta de infracción la presencia de testigos cuando hubieran persona/s que hayan presenciado la acción u omisión que dio lugar a labrado del acta o cuando ellas pudieran aportar datos de interés para la comprobación de la infracción. En ese marco, concluyó que "...precisamente el tiempo condicional indica que sólo debe hacerse constar la presencia de testigos cuando éstos hubieran presenciado la acción u omisión de que se trate; de no haberla presenciado, lógicamente nada existe para hacer constar" (fs. 56).

Manifestó, a su vez, que INARTECO no había logrado demostrar que las sanciones que le fueron impuestas resulten inconstitucionales, por confiscatorias e irrazonables. Ello así, toda vez que el juez de grado le impuso las multas mínimas previstas en la normativa para las conductas por las que fue condenada y le concedió facilidades de pago.

Además, sostuvo que no surgía de las constancias de la causa que el juez de grado haya violado el principio de congruencia al condenar a INARTECO, respecto del acta nº 2-1399112, por realizar la conducta tipificada en el art. 1.3.10. En este orden de ideas, manifestó que "...entre la imputación desplegada durante el trámite de estos autos y la sentencia condenatoria, se ha respetado el principio de congruencia, habiéndose atribuido siempre la misma conducta, cuestión ésta central a los fines referidos, por lo que las quejas del recurrente no han de prosperar tampoco en este punto" (fs. 57 vta.).

Por último, afirmó que, a diferencia de lo sostenido por la defensa, la sentencia de primera no podía ser tachada de arbitraria.

3. La defensa tacha de arbitraria esa sentencia. Sostiene que se omitió tratar sus planteos dirigidos a controvertir la validez del art. 2º del dec. 111/08 fundados en lo dispuesto en el art. 3º de la ley 1217. Comenta que "[d]icho decreto establece que el Cuerpo de Inspectores del Espacio Público deberá estar integrado por agentes de planta permanente (conf. ley 471) y por personal contratado bajo el régimen del dec. 948/05, agregando que también podrá estar integrado por personal contratado 'bajo cualquier otra forma de contratación que se implemente en el futuro' (conforme el art. 2º *in fine* del dec. 111/08) (fs. 63 vta.) (el destacado corresponde al original)". En ese marco, concluye manifestando que "...los inspectores que labran las actas de infracción objeto de estas actuaciones no revisten el carácter de funcionarios habilitados para tal fin, incumpliendo el requisito del art. 3º de la ley 1217 que así lo exige" (fs. 71). Sin perjuicio de ello, afirma que pese a que ese planteo fue formulado a fs. 442/444 y tenido, en su momento, en cuenta por la Sala III, no fue considerado por el *a quo* en su sentencia; omisión que, sostiene, afecta su derecho a un debido proceso.

Manifiesta, a su vez, que las sanciones previstas en los arts. 2.1.15, 2.1.19, 2.1.20, 2.1.21, 2.1.22 y 2.1.23 de la ley 451 son inconstitucionales; "...por la manifiesta, arbitraria e irrazonable desproporción entre los montos de las sanciones y el bien jurídico tutelado en dichas normas en relación a las infracciones allí previstas" (fs. 65).

4. La Cámara, previo traslado al señor fiscal de Cámara, denegó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto porque, a su juicio, no se había logrado acreditar la existencia de una cuestión constitucional y, menos aún, que la sentencia pueda ser tachada de arbitraria (fs. 75/76).

5. Contra esa decisión la defensa de INARTECO interpuso la presente queja (fs. 77/92 vta.).

6. El fiscal general adjunto dictaminó a favor de que se rechace la queja porque no estaba acreditada la existencia de una cuestión constitucional (fs. 99/101). En particular, señaló que: *i)* los planteos dirigidos a controvertir la validez del dec. 111/08 son fruto de una reflexión tardía, por lo que no pueden ser analizados por el Tribunal; *ii)* la recurrente no ha demostrado cómo la falta de especificación en las actas de la norma infringida afectó el derecho de defensa de INARTECO; y *iii)* los agravios dirigidos a controvertir la validez de la sanciones previstas en los arts. 2.1.15, 2.1.19, 2.1.20, 2.1.21 y 2.1.22 de la ley 451 carecían "...de fundamentación porque, si bien alega [la defensa] que las normas no cumplen con el principio de razonabilidad y violan el derecho de propiedad en razón de los montos de las multas establecidos, no logró vincular sus agravios con las cuestiones constitucionales alegadas ni las conectó con el caso concreto, por cuanto la pena de multa tiene un claro contenido patrimonial y su irracionalidad no puede estimarse en abstracto como la de prisión, de manera que al no haber expuesto de qué modo resulta confiscatoria en el caso concreto, con relación al patrimonio de esa parte [...], no es posible atender este presunto agravio" (fs. 100).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La queja debe ser rechazada, porque la recurrente no ha logrado demostrar la existencia en el *sub lite* de una cuestión constitucional o una federal.

2. Conforme surge del punto 3 de los Resulta, dos son los planteos que viene formulando la defensa ante esta instancia. Sostiene, por un lado, que la Cámara omitió tratar sus agravios dirigidos a controvertir la validez del art. 2º del dec. 111/08. Manifiesta que esa norma resulta violatoria del art. 3º de la ley 1217 en cuanto exige que los inspectores que labran las actas de infracción como las que dieron lugar a la presente controversia deben revestir "...carácter de funcionarios habilitados para tal fin..." (fs. 71), porque permite que el Cuerpo de Inspectores del Espacio Público esté integrado no sólo con agentes de planta permanente, sino también con personal contratado bajo el régimen del dec. 948/05 (y las normas que lo integran y complementan), y "bajo cualquier otra forma de contratación que se implemente en el futuro". Sin perjuicio de ello, afirma que pese a que ese planteo fue formulado a fs. 442/444 como un "hecho nuevo", y tenido en su momento en cuenta por la Sala III, no fue considerado en la sentencia que se viene recurriendo; omisión que, sostiene, afectó su derecho al debido proceso. Por el otro, manifiesta

que las sanciones previstas en los arts. 2.1.15, 2.1.19, 2.1.20, 2.1.21, 2.1.22 y 2.1.23 de la ley 451 son inconstitucionales dada "...la manifiesta, arbitraria e irrazonable desproporción..." que guardan con "...el bien jurídico tutelado en dichas normas..." (fs. 65). Pero, como se verá en lo que sigue, ninguno de esos planteos, tal como adelanté, logran acreditar la existencia de una cuestión constitucional.

2.1. La defensa impugna la decisión del *a quo* de no tratar sus agravios dirigidos a controvertir la validez del art. 2º del dec. 111/08, pero no se hace cargo que fueron articulados como "hecho nuevo" ante la Cámara (conf. surge del relato que la defensa realiza en su recurso, véanse fs. 61 vta. y fs. 63). El dec. 111/08 fue publicado en el *Boletín Oficial* nº 2873, el día 19/2/2008, esto es, casi siete meses antes de que fueran labradas las actas que dieron lugar a la presente controversia (véase fs. 5), lo que no hace evidente en qué consistiría la novedad del hecho. Tampoco suministra razones para entender que no le cabía a la Cámara abstenerse de analizar el agravio. En ese marco, corresponde rechazar el planteo al que me vengo refiriendo.

2.2. Por su parte, los agravios dirigidos a controvertir la validez de las sanciones previstas en los artículos citados en el punto 2 de este voto tampoco pueden prosperar. La recurrente no ha logrado demostrar que esas sanciones resulten manifiestamente desproporcionadas con relación al bien jurídico que tienen por fin proteger (fs. 65 y ss.). La defensa, a fin de demostrar la mencionada desproporción, manifiesta que: *i)* los porcentajes en que fueron incrementadas determinadas multas (v. gr. la prevista en el art. 2.1.15 de la ley 451) mediante el dictado de la ley 2680 superan los cuatro dígitos; y *ii)* no guarda relación alguna el precio que cobra por la realización de determinadas obras con las multas que le fueron impuestas durante la realización de esos trabajos (a tales fines confecciona un cuadro comparativo en el que describe cuál fue el precio que cobró por la realización de las obras que dieron lugar a las sanciones aquí cuestionadas y cuál el valor de la multa que le fue impuesta). Finalmente, manifiesta que "...si I[NARTECO] cometiera la infracción prevista y penada por el art. 2.1.15. con una multa mínima de $ 100.000 tan sólo en el 10 % de las 12.429 obras que realiza por año, debería multársela en la suma de $ 124.290.000, lo que claramente es un despropósito y un fin no querido por el legislador" (fs. 65).

Ninguno de esos argumentos resulta hábil para mostrar la desproporción que la defensa les imputa a las sanciones que le fueron impuestas, esto es, una desproporción entre ellas y la afectación del bien tutelado. Las multas en cuestión son determinadas por el Poder Legislativo en función del bien jurídico que se pretende tutelar. Ello parece comprendido por la recurrente en la frase transcripta en el párrafo que antecede. Pero, para demostrarlo, no resulta conducente mostrar, suponiendo que se lo hubiera logrado, que la sanción es onerosa, porque el bien tutelado puede ser igual o más valioso. Tampoco que el precio que se obtiene por el contrato en cuyo cumplimiento encontró motivos la recurrente para incurrir en las infracciones sea escaso en función del castigo, porque la ley no busca captar el beneficio del transgresor a fin de disuadirlo de infringir la norma, como podría

incurrir en una infracción tributaria, sino vincular la sanción al daño que ocasiona la conducta sancionada.

Finalmente, cabe señalar que no modifica lo dicho hasta acá, el hecho de que, según afirma la defensa, la Procuración General de la CABA haya manifestado al Ministro de Justicia y Seguridad, mediante un oficio firmado por el Procurador General Adjunto de Control de Legalidad, que los montos mínimos de las sanciones previstas para las empresas responsables de la apertura de pozos o zanjas en la vía pública que omitan colocar vallas de seguridad carecen de una adecuada vinculación con "los bienes jurídicos protegidos" (fs. 69 vta.). Primeramente, porque, más allá de la relevancia que revisten las manifestaciones de la Procuración General, lo cierto es que en esta clase de procesos no está prevista intervención alguna por parte de la Procuración, en la etapa judicial. A su vez, cualquiera sea el valor que corresponda asignarles a esos dichos, era a la defensa a quien le correspondía demostrar que la sanciones que le fueron impuestas a INARTECO resultan inconstitucionales dada la desproporción que guardan con el bien jurídico que se pretende tutelar; cosa que, como dije en el párrafo que antecede, no ha ocurrido en el *sub lite*.

Por lo demás, los dichos de la Procuración bien pudieron estar dirigidos a señalar que las sanciones resultaban inconvenientemente elevadas, lo que no es lo mismo que afirmar que ellas resultan inconstitucionales.

Por último, cabe señalar que no se ve cuál sería el interés jurídico de la recurrente en esta causa en que se decrete la inconstitucionalidad de las multas previstas para las conductas tipificadas en los arts. 2.1.19, 2.1.20 y 2.1.21, si por esas normas no fue condenado en el *sub lite*. Esa circunstancia basta por sí para rechazar los planteos dirigidos a controvertir la validez de esas normas.

Por lo expuesto, voto por rechazar la queja de fs. 77/92 vta. y, en consecuencia, dar por perdido el depósito cuya constancia de integración está agregada a fs. 95.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al *enjundioso voto del señor juez de trámite, Luis F. Lozano.*

El juez José O. Casás dijo:

1. Tal como lo sostienen en su voto el señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano y en su dictamen el señor fiscal general adjunto (fs.99/101), el recurso de queja deducido por Inarteco S.A. no puede prosperar.

2. En primer término, coincido con lo afirmado en el punto 2.1. del voto de mi colega el doctor Luis F. Lozano, en tanto el planteo de arbitrariedad de sentencia que intenta construir la interesada, a partir de la alegada omisión de tratamiento por parte de la Cámara del agravio dirigido a controvertir en el caso la validez del art. 2º del dec. 111/08, no se hace cargo de una circunstancia determinante: el planteo fue introducido ante el tribunal *a quo* como *hecho nuevo*, cuando, en realidad, resulta ser una *reflexión tardía*. Desde esta perspectiva, el argumento mediante el cual se intenta objetar el criterio adoptado por los jueces de la Sala III de la Cámara PCyF

para fijar el marco de su decisión sólo remite al examen de una cuestión de índole procesal que no resulta hábil para configurar un caso constitucional.

3. En cuanto al planteo de inconstitucionalidad de los arts. 2.1.15, 2.1.19, 2.1.20, 2.1.21, 2.1.22 y 2.1.23 de la ley 451, formulado por entenderse que su aplicación al caso se traduciría en un resultado irrazonable por desproporcionado y con efectos confiscatorios, entiendo que, al menos en los términos en que ha sido formulado, tampoco puede prosperar.

Por un lado, tal como lo afirma en su voto el juez Lozano, no se alcanza a advertir el gravamen de la interesada con relación a las previsiones de los arts. 2.1.19, 2.1.20 y 2.1.21, si ella en este caso no fue condenada a partir de lo establecido en tales preceptos.

Por otra parte, cabe resaltar que la comparación entre los valores de las multas fijadas en el caso concreto por el juez de grado y los montos de las ganancias que pueda haber acordado recibir la empresa por la realización de los trabajos donde se constataron las infracciones objeto de juzgamiento —puesta de manifiesto en el recurso—, no resulta hábil para acreditar fehacientemente la desmesura de las multas resistidas.

En suma, si bien es cierto que la razonabilidad, la interdicción de la arbitrariedad, así como la exigencia de que las leyes y los actos mediante los cuales se las aplican recepten una proporcionalidad entre la conductas que reprochan y la entidad de la sanciones que fijan constituyen todos principios generales que los poderes públicos deben observar en el Estado de derecho —véase doctrina de la CSJN *in re*: "José Agustín Martínez" (*Fallos*, 312:826), "María Cristina Pupelis y otros" (*Fallos*, 314:424) e "Iván N. Demchenko v. Prefectura Naval Argentina —DPSJ 3/96—"(*Fallos*, 321:3103)—, en este caso, los planteos de inconstitucionalidad mencionados vienen formulados a partir de consideraciones genéricas que, en buena medida, se orientan a explicar *en abstracto* y mediante *situaciones hipotéticas* el defecto de las normas objeto de tacha. Es por ello que la interesada, desde mi punto de vista, no ha logrado demostrar de manera suficiente —mediante la prueba aportada al expediente— la efectiva vulneración de los derechos y garantías constitucionales invocados que se generaría a partir de la imposición de las sanciones resistidas.

En virtud de lo expuesto, considero que corresponde rechazar el recurso de queja deducido a fs. 77/92 vta. y dar por perdido el depósito de ley.

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La queja de fs. 77/92 vta. fue interpuesta en tiempo y forma ante este Tribunal (art. 33 de la ley 402). Sin embargo, debe ser rechazada. INARTECO no cumple con la carga de criticar en forma concreta y circunstanciada la resolución que declaró inadmisible su recurso de inconstitucionalidad.

2. La Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas denegó el recurso de inconstitucionalidad de fs. 59/73. Para así decidir, sostuvo que

el agravio constitucional planteado por INARTECO no era más que un simple desacuerdo con la interpretación realizada "...no de una norma constitucional, sino de una norma infraconstitucional". El tribunal *a quo* también descartó que se presentara en el caso un supuesto de arbitrariedad, con apoyo en la jurisprudencia que cita (fs. 75 vta.).

La quejosa dedica la mayor parte de su presentación directa a la reproducción textual de su recurso de inconstitucionalidad, con lo que no logra desvirtuar las afirmaciones realizadas por la Sala III en la providencia que motiva su presentación. Se limita a reiterar que a su entender existe una "...absoluta desproporción entre el bien jurídico tutelado en las normas arriba mencionadas, y los montos mínimos y máximos fijados, frente a los acreditados precios facturados por las obras referidas en esta causa..." para sostener que esa desproporción "demuestra claramente que no se trata de un simple desacuerdo con la aplicación de la cuestionada normativa legal, sino de un planteamiento de la cuestión constitucional...". La infractora no identifica cuál es el bien jurídico tutelado que atribuye a las normas, ni cómo la supuesta desproporción que denuncia es capaz de desacreditar las afirmaciones de la Cámara. De esta manera, no pone en crisis el auto denegatorio.

Las vagas consideraciones de la quejosa respecto de la supuesta arbitrariedad del auto denegatorio no son capaces de suplir la insuficiencia argumentativa indicada.

3. Tal como sostuve en reiteradas ocasiones, la queja debe contener una crítica sólida y pormenorizada de los argumentos que dio la Cámara al denegar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto ("Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865/01, resolución del 9/4/2001).

La omisión de este requisito esencial determina el rechazo de la queja.

Así lo voto.

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. 77/92 vta.

2º. *Dar por perdido* el depósito, cuya constancia de integración obra a fs. 95.

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

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

CXX

"AGUAS Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'RECURSO DE QUEJA EN AUTOS ZUBDESA S.A. S/INFR. ART. 2.1.15 —LEY 451'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL:
Cuestiones de hecho y prueba. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. El recurso extraordinario federal es improcedente si los reparos propuestos por el apelante sólo trasuntan meras discrepancias respecto de la valoración de circunstancias de hecho debatidas en el proceso. *(Voto de los señores jueces José O. Casás, Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde, al que adhiere Luis F. Lozano).*

2. El recurrente pretende enmarcar sus agravios bajo la doctrina de la arbitrariedad de sentencia, pero no se apoya en fundamentos suficientes para acreditarla y sólo expone su simple desacuerdo con la resolución atacada. *(Voto de los señores jueces José O. Casás, Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde, al que adhiere Luis F. Lozano).*

Expte. SAPCyF n° 6786/09 - 26/5/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El apoderado de Aguas y Saneamientos Argentinos S.A. (AySA) interpuso recurso extraordinario federal (fs. 111/126) contra la decisión de fs. 94/98, emitida el 10/3/2010, mediante la cual el Tribunal rechazó la queja agregada a fs. 51/60 por considerarse que no se había planteado en el caso una cuestión constitucional (art. 27, ley 402).

2. La recurrente sostiene que la decisión impugnada es arbitraria. Indica, en este sentido, que la resolución lesiona su derecho de defensa, la garantía de debido proceso, el principio de supremacía constitucional y el derecho de propiedad.

AySA cuestiona que el Tribunal haya considerado que sus motivos de agravio no lograban conformar una discusión constitucional. Detalla, al respecto, que no ha sido debidamente evaluada la negativa de las instancias de mérito para considerarla parte en este procedimiento judicial de faltas. Critica la evaluación que se realizó en torno a la remisión anticipada del legajo administrativo desde la UAAFE al fuero en lo Penal, Contravencional y de Faltas que, según expresa, impidió que AySA pudiera requerir el pase oportuno de las actuaciones a la instancia judicial.

3. El fiscal general adjunto, al contestar el traslado conferido (fs. 129/131), expresó que el Tribunal debía declarar inadmisible el recurso porque la presentación no exponía un caso federal.

FUNDAMENTOS:

Los jueces JOSÉ O. CASÁS, ALICIA E. C. RUIZ y ANA MARÍA CONDE dijeron:

1. El recurso extraordinario federal deducido fue presentado en tiempo oportuno (art. 257, CPCCN). Sin embargo, debe ser denegado porque no expone una cuestión federal.

2. En primer lugar, cabe afirmar que resulta aplicable al caso 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. Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha decidido, en su constante jurisprudencia, que es improcedente el recurso extraordinario federal si los reparos propuestos por el apelante sólo trasuntan meras discrepancias respecto de la valoración de circunstancias de hecho debatidas en el proceso (*Fallos*, 332:51, entre muchos otros). En otras palabras, es posible afirmar que la vía excepcional del art. 14 de la ley 48 no es eficaz para corregir sentencias que el recurrente estime equivocadas, según sus divergencias con el criterio con que fueron seleccionadas y valoradas las pruebas de la causa o interpretadas las normas de derecho no federal que las rigen (*Fallos*, 305:625, entre muchos otros).

El recurrente pretende enmarcar sus agravios bajo la doctrina de la arbitrariedad de sentencia. Sin embargo, la arbitrariedad alegada no se apoya en fundamentos suficientes para acreditarla y sólo expone su simple desacuerdo con la resolución atacada. La presentación de AySA se ciñe a reseñar una serie de fallos de la CSJN en la que el Alto Tribunal hizo lugar a distintos recursos por esa causal, pero no se indica cómo esos precedentes se vinculan con lo sucedido en este caso. Tampoco las simples citas doctrinarias sobre cuándo se configura un supuesto de sentencia arbitraria resultan suficientes para acreditar el motivo de agravio denunciado en tanto el recurrente no logró conectarlas con las supuestas lesiones constitucionales invocadas.

En este sentido, es oportuno remarcar que 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).

4. Por lo demás, la presentación tampoco cumple con lo dispuesto en el inc. i) del art. 2º del reglamento aprobado por acordada de la CSJN 04/07, en tanto no describe en su carátula cuáles son las cuestiones planteadas como de índole federal, no cita las normas involucradas, ni los precedentes que entiende aplicables.

5. Por las razones expuestas, y las brindadas en igual sentido por el señor fiscal general adjunto en su dictamen, sólo resta denegar el recurso extraordinario federal intentado.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Coincido con el Dr. Casás en que el recurso extraordinario federal debe ser denegado porque la parte recurrente no ha acreditado la existencia de una cuestión federal. Tal como señala mi colega, los planteos propuestos versan, únicamente, acerca de la valoración de las cuestiones de hecho que realizaron los jueces de la causa.

2. 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 ello, voto por denegar el recurso federal de fs. 111/126. Costas a la vencida.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal agregado a fs. 111/126.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se cumpla con lo ordenado a fs. 98, punto 3.

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

CXXI

"CINGOLANI, LISANDRO ESTEBAN C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos. REGISTRO PÚBLICO DE ADMINISTRADORES DE CONSORCIOS DE PROPIEDAD HORIZONTAL: Control abstracto de constitucionalidad. Control concentrado de constitucionalidad. SENTENCIA: Efectos *erga omnes*. "Caso" o "causa". Omisión de publicación de la norma en el Boletín Oficial. Carga de la prueba.

SUMARIOS:

1. La acción declarativa de inconstitucionalidad del ámbito local, y de competencia originaria y exclusiva el Tribunal Superior, tiene por único objeto impugnar la

validez constitucional de una norma de carácter general emanada de las autoridades locales por ser contraria a la Constitución Nacional o a la Constitución de la Ciudad 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, al que adhieren los señores jueces Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás).*

2. Si bien es cierto que el actor dice tener un interés personal en la declaración de inconstitucionalidad de las normas que identifica, esa circunstancia no lo excluye del amplio universo de sujetos legitimados para articular la acción del art. 113.2, CCBA, definido por la ley reglamentaria. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

3. La pretensión de la actora se circunscribe a obtener una sentencia con efectos *erga omnes* —sin perseguir, en cambio, la declaración de certeza de una relación jurídica concreta—, pretensión que resulta ajena al concepto de "caso" o "causa" previsto en los arts. 106 y 113, inc. 3º, de la CCBA y 116 de la C.N. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

4. La demanda resulta inadmisible en relación al cuestionamiento dirigido contra la disposición 186/DGDPC/10, pues pesa sobre el actor la carga de demostrar la existencia de la norma que, según afirma, fue comunicada por mail a los interesados del Registro Público de Administradores de Consorcios de Propiedad Horizontal pero aparentemente no publicada en el *Boletín Oficial*. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

5. La exigencia de exponer fundamentos en sostén de 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 en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

6. La impugnación que efectúa el actor respecto de los arts. 3º, 7º y 9º de la ley 3254, en cuanto modifican los arts. 4º *in fine*, 12 *in fine* y 15 de la Ley 941 de Administradores de Consorcios, al imponer obligaciones y definir los supuestos de infracciones aplicables a los sujetos comprendidos por la ley, haciendo una distinción entre aquellas que corresponden al conjunto que denomina "administradores voluntarios" (art. 3º de la ley 941, con la modificación introducida por la 3254) con respecto al resto de administradores de consorcios, no cumple con el recaudo de fundamentación y no explica por qué las disposiciones cuestionadas se traducirían en una discriminación odiosa o intolerable que no atienda a diferencias relevantes entre cada uno de los conjuntos definidos. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

7. La impugnación referida a la "irrazonabilidad" de la normativa, en tanto obliga a los administradores a acompañar información que ya estaba siendo producida y enviada a distintas entidades y al representante a informar sobre el cumplimiento no de sus obligaciones sino en definitiva sobre el cumplimiento de las obligaciones de su cliente, no muestra en qué avanzaría la disposición normativa atacada respecto de los derechos que aduce conculcados, en tanto los argumentos que emplea pue-

den servir para explicar la incomodidad que el cumplimiento de la norma genera más no una colisión con la Constitución local o la nacional. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

8. La impugnación formulada por el actor en cuanto a la obligación de presentar una declaración jurada patrimonial ante el consorcio y aprobada por éste, destinada a garantizar sus responsabilidades como administrador, y la posibilidad de sustituir la declaración por la constancia de la constitución a favor del consorcio de propietarios, a cargo del administrador, de un seguro de responsabilidad profesional emitido por una compañía de seguros, no cumple con el recaudo de mínima fundamentación, pues no liga los preceptos constitucionales invocados con la norma que impugna. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

9. El actor no se hace cargo de explicar por qué resultaría irrazonable la exigencia vinculada a obtener determinado consenso del conjunto de propietarios que conforman un consorcio a fin de modificar los honorarios acordados ni por qué ello vulneraría la autonomía de la voluntad —voluntad, la de los administrados, a que estarían llamados a conformar los propietarios—. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. SAO n° 7146/10 - 26/5/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Sr. Lisandro Esteban Cingolani promovió acción declarativa de inconstitucionalidad, en los términos del art. 113, inc. 2º, de la CCBA, a fin de que se declare la inconstitucionalidad y pérdida de vigencia de la ley 3254 y de las resoluciones reglamentarias 6013/09 y 186/2010, en tanto modifican la ley 941 que creó el Registro Público de Administradores de Consorcios de Propiedad Horizontal en la Ciudad de Buenos Aires; por afectar los derechos a la libertad, la igualdad ante la ley, de ejercer industria lícita, propiedad y los principios de legalidad, razonabilidad y reserva consagrados por la Constitución Nacional y de la Ciudad (fs. 22/31).

Asimismo solicita medida de no innovar "hasta tanto recaiga sentencia definitiva en el caso a efectos de que se [l]e exima de cumplimentar las obligaciones impuestas por la norma impugnada y se abstenga consecuentemente de imponer[l]e sanción alguna" (punto 5º de la demanda, fs. 31 vta./32).

2. A fs. 35/38, el Tribunal rechazó la medida cautelar solicitada y corrió vista al señor fiscal general para que se expida en relación con la admisibilidad formal de la acción planteada en autos.

3. A fs. 40/43, el señor fiscal general emitió su dictamen y opinó que "en el caso el actor pretende que se resuelva su situación particular, lo que conduce a advertir la manifiesta improcedencia de la vía intentada, pues la pretendida declaración de

inconstitucionalidad de las normas en cuestión debería haberse encausado, en todo caso, a través del control difuso de constitucionalidad ante los jueces de grado y no por esta vía de control abstracto".

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. El actor promueve, en su carácter de administrador de consorcios inscripto en el Registro Público de Administradores del GCBA, la presente demanda con el fin de que se declare la inconstitucionalidad y pérdida de vigencia de los arts. 3º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 y 11 de la ley 3254 y sus reglamentaciones, que modificaron las obligaciones, honorarios, régimen de infracciones, sanciones y procedimiento administrativo impuestos a los inscriptos en dicho Registro de acuerdo al régimen de la ley 941, por implicar, en su opinión, una "violación sistemática de garantías constitucionales" (fs. 9 vta.) e imponer a la actividad una regulación arbitraria "de imposible cumplimiento" (fs. 8).

La pretensión resulta formalmente improcedente en los términos del art. 113, inc. 2º, CCBA, y los arts. 17 y concs. de la ley 402, por la razón que expondré a continuación.

2. El objeto procesal de la presentación, tal como lo manifestara el señor fiscal general en su dictamen, apunta a la solución de la situación jurídica particular del actor. En otras palabras, constituye sencillamente un caso concreto.

Lo expuesto se advierte nítidamente a partir de las propias expresiones del actor empleadas al justificar su legitimación activa para obrar, al sostener: "[P]romuevo la presente demanda por mi propio derecho, en virtud de hallarme afectado, en mi caso particular, por la aplicación de las normas impugnadas (véase punto 2º de la demanda, fs. 8 vta.).

Lo propio ocurre al momento de fundamentar su reclamo al señalar: "[C]omo propietario de un departamento en propiedad horizontal en el que no resido, esta disposición me discrimina y cercena mi derecho a ejercer la administración en el mismo a título gratuito por el solo hecho de vivir en otro lado" (fs. 10).

De manera similar luego añadió que la norma impugnada "[V]ulnera mi derecho de igualdad ante la ley y mi derecho a trabajar en forma lícita al exigirme un sinnúmero de obligaciones, cargas públicas y restricciones por el solo hecho de haber elegido esta profesión y no, como se vio (...), con el fin de proteger a mis clientes" (fs. 10 vta.).

En rigor de verdad, la configuración de un caso concreto resulta apreciable en general a lo largo de todo el escrito inicial y, de manera particular, explícitamente al solicitar al Tribunal el dictado de la medida cautelar al expresar: "[A] los fines de evitar que se configure la lesión a mis derechos que por medio del presente pretendo tutelar (...) solicito a VS una medida de no innovar hasta tanto recaiga sentencia definitiva en el caso a efectos de que se me exima de cumplimentar las

obligaciones impuestas por la norma impugnada y se abstenga consecuentemente de imponerme sanción alguna" (fs. 31 vta.).

El mismo alcance se advierte cuando alegó de seguido se conceda favorablemente la medida "hasta tanto recaiga sentencia en autos y consecuentemente la inejecución definitiva en el caso concreto, es decir de la norma a mi respecto, conforme prevé el art. 113, inc. 2º de la CCBA" (fs. 32); entre otras varias expresiones que denotan, sin lugar a dudas, la existencia de un reclamo de índole particular.

Desde sus primeros pronunciamientos, el Tribunal señaló que la acción declarativa de inconstitucionalidad del ámbito local, y de competencia originaria y exclusiva el Tribunal Superior, tiene por único objeto impugnar la validez constitucional de una norma de carácter general emanada de las autoridades locales por ser contraria a la Constitución Nacional o a esta Constitución 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 (*Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. I, pp. 56 y ss., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, *in re* "Massalin Particulares S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 31/99, resolución del 5/5/1999 y *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. II, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 426 y ss., *in re* "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) y que la inclusión —ya sea de modo incidental o como fundamento jurídico de condena— de una cuestión constitucional en el marco de una acción que en definitiva procura el ejercicio del control difuso de constitucionalidad, no convierte la acción en la prevista en el inc. 2º del art. 113, CCBA, pues es menester que el único objeto de ésta última sea el control abstracto de constitucionalidad (conf. este Tribunal *in re* "Farkas, Roberto y otro c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 7/99 SAO, resolución del 28/6/1999; "Oronoz de Bigatón, Celina c/GCBA s/amparo", expte. nº 98/99 SAO, resolución del 29/9/1999; "Finkelberg, Oscar Guido c/GCBA s/acción declarativa (art. 322, CPCC)", expte. nº 136/99 SAO, resolución del 17/11/1999 e "Iráizoz, Juan Fermín c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 158/99 SAO, resolución del 15/12/1999, entre muchos otros).

3. Por las razones expuestas en el punto precedente voto por declarar inadmisible la demanda planteada a fs. 8/32.

La jueza Alicia E. C. Ruiz y el juez José O. Casás dijeron:

Nos adherimos al voto de la jueza Ana María Conde.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Lisandro Esteban Cingolani promueve la presente acción declarativa de inconstitucionalidad, en los términos del art. 113.2, CCBA, a fin de que se declare la inconstitucionalidad de los preceptos que señala de la ley 3254 y de las disposi-

ciones 6013/DGDPC/09 y 186/DGDPC/10 por resultar contrarias a los arts. 14, 14 bis, 16, 17, 18, 19 y 28 C.N. y 11 y 43, CCBA (fs. 8/32 vta.).

2. El actor está legitimado para interponer la presente acción (art. 18, inc. 1º, de la ley 402).

Primeramente, cabe señalar que más allá de las menciones que realiza el Sr. Cingolani en relación a que las normas impugnadas le "causan un serio e irreparable gravamen" (fs. 8) y que se halla "afectado" por ellas, lo cierto es que la pretensión no tiene por objeto corregir situaciones propias sino la derogación de las normas atacadas, esto es, propone un conflicto en abstracto entre esas normas que impugna y las garantías constitucionales que aquellas conculcarían. Cierto es que el actor dice tener un interés personal en la declaración de inconstitucionalidad de las normas que identifica, empero, esa circunstancia no lo excluye del amplio universo de sujetos legitimados para articular la acción del art. 113.2, CCBA, definido por la ley reglamentaria. Por el contrario, asegura mayor energía en el debate. En otras palabras, la pretensión de la actora se circunscribe a obtener la derogación por inconstitucionales de las normas indicadas (véanse fs. 8, 8 vta. y 32 vta.), esto es, una sentencia con efectos *erga omnes* —sin perseguir, en cambio, la declaración de certeza de una relación jurídica concreta—, pretensión que resulta ajena al concepto de "caso" o "causa" previsto en los arts. 106 y 113, inc. 3º, de la CCBA y 116 de la C.N. A la vez, tampoco puede soslayarse, a fin de interpretar el alcance con que el actor promovió la presente acción, que, a lo largo de toda su presentación recurre, para justificar el conflicto normativo que propone, a fundamentos que no se circunscriben a una relación jurídica particular, ni exclusivamente al impacto que las normas tendrían sobre él.

2.1. Sin perjuicio de lo dicho, la demanda resulta inadmisible en relación al cuestionamiento dirigido contra la disposición 186/DGDPC/2010, pues pesaba sobre el actor la carga de demostrar la existencia de la norma que, según afirma, fue "comunicada por mail a los interesados del registro [se refiere al Registro Público de Administradores de Consorcios de Propiedad Horizontal] pero aparentemente no publicada en el *B.O.*" (fs. 14). En tales condiciones, la falta de ofrecimiento de medidas probatorias tendentes a demostrar la existencia de aquella norma cuya inconstitucionalidad se pretende, no publicada en el *Boletín Oficial* de la Ciudad, determina la inadmisibilidad de la demanda a este respecto.

2.2. En cambio, la ley 3254 y la disposición 6013/DGDPC/09 reúnen las condiciones impuestas por la ley 402 para ser objeto de esta acción.

3. Despejado lo anterior, anticipo mi opinión en el sentido de que sólo algunas de las impugnaciones —más precisamente, aquellas que atacan el art. 3º de la disposición 6013/DGDyPC/09 y el art. 13 de la ley 941(modificado por la ley 3254)— resultan admisibles.

3.1. La demanda de inconstitucionalidad resulta admisible en relación a la impugnación que el Sr. Cingolani formula respecto del art. 3º de la disposición 6013/

DGDyPC/09 (reglamentario del art. 12, inc. e] de la ley 941, reformado por la ley 3254), en cuanto dispone que "[c]uando el patrimonio neto del administrador declarado y acreditado, sea inferior a la tercera parte de la sumatoria de las expensas de los Consorcios bajo su administración devengadas durante los últimos doce meses, *deberá* garantizar, mediante seguro de caución o aval bancario a sus administrados, el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la relación contractual que los vincula. La suma asegurada de dichas garantías, para cada consorcio, no podrá ser inferior al 33 % de la sumatoria de las expensas del mismo devengada durante los últimos 12 meses" (sin destacar en el original). Ello así, puesto que el actor postula que dicha disposición avanza sobre la autonomía de la voluntad al imponer "criterios de contratación por parte del Estado en cuestiones que no son de orden público" (fs. 12 vta.) y en que existe un exceso reglamentario, en la medida en que "[l]a reglamentación decide determinar una relación entre el patrimonio administrado y el patrimonio personal del administrador de la que deriva una obligación no prevista en la ley que reglamenta" (fs. 13).

3.2. También es admisible respecto de la impugnación dirigida a cuestionar las condiciones para la renovación de los administradores estipuladas por el art. 13 de la ley 941 (con la modificación introducida por la 3254), con apoyo en que avanza injustificadamente sobre la autonomía de la voluntad en una materia que ya se encuentra regulada por la ley nacional 13.512. Ello así, puesto que el planteo, asentado en la postulada preeminencia de la ley nacional respecto de la local, abarca un conflicto internormativo que involucra los arts. 31, 75 inc. 12 y 126 C.N.

4. Con las salvedades que surgen del punto anterior, la acción resulta inadmisible en relación con las impugnaciones dirigidas a cuestionar los arts. 3º, 7º, 8º, 9º y 10 de la ley 3254 y 3º de la disposición 6013/DGDyPC/09, porque no cumple con el recaudo de venir fundada según lo exigible en esta clase de procesos (art. 19.2 de ley 402).

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 exponer fundamentos en sostén de 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 las objeciones que previsiblemente puedan aducirse para respaldar la compatibilidad o coherencia de las normas cuestionadas con los preceptos de la Constitución 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).

4.1. Desde la perspectiva que brindan las consideraciones formuladas en el punto anterior, la impugnación que efectúa el Sr. Cingolani respecto de los arts. 3º, 7º y 9º de la ley 3254, en cuanto modifican los arts. 4º *in fine*, 12 *in fine* y 15 de la ley 941 de Administradores de Consorcios, al imponer obligaciones y definir los supuestos de infracciones aplicables a los sujetos comprendidos por la ley, haciendo una distinción entre aquellas que corresponden al conjunto que denomina "administradores voluntarios" (art. 3º de la ley 941, con la modificación introducida por la 3254) con respecto al resto de administradores de consorcios, no cumple con el recaudo de exponer fundamentos en los términos enunciados.

Al respecto, el actor afirma que dicha distinción vulnera el principio de igualdad ante la ley (art. 16, C.N.), puesto que "la calificación de voluntario exime a dicho administrador de casi todas las obligaciones emergentes de la ley, olvidando que no están realizando su actividad en su propio interés sino también en interés de una comunidad de propietarios al que la ley dice querer proteger" (fs. 10). Sin embargo, no explica por qué las disposiciones cuestionadas se traducirían en una discriminación odiosa o intolerable que no atienda a diferencias relevantes entre cada uno de los conjuntos definidos. En este sentido, el actor no se hace cargo de las previsibles razones que justificarían la compatibilidad de la norma cuestionada con el derecho constitucional que se aduce vulnerado, v. gr. las vinculadas a la relación de confianza en cuyo marco, presumiblemente, podría ser ejercida la administración por uno de los propietarios residentes en la propiedad horizontal de que se trate, respecto de la relación con cualquier otro sujeto. Tampoco atiende a la circunstancia de que la ley 941 (con la modificación introducida por la 3254) ubica al Registro Público de Administradores de Consorcios de Propiedad Horizontal que crea "a cargo de la máxima autoridad del Gobierno de la Ciudad en materia de defensa de los consumidores y usuarios" (art. 1º), disposición que sugiere que el legislador local quiso condensar esta competencia junto con aquellas otras vinculadas a defensa del consumidor en una misma autoridad por la previsible subsunción de esta relación como una de las que la ley nacional 24.240 define como "de consumo" (art. 3º) y que, a esos efectos, no distingue entre la provisión de bienes o prestación de servicios a título gratuito u oneroso. Bajo este panorama, la exclusión de quién administra gratuitamente en el marco de una relación de confianza y en procura, entre otros, de su propio interés, no necesariamente implica una distinción vedada por el art. 16, C.N., cuestión que hubiera merecido mayor fundamentación por parte de quién postula una solución opuesta.

4.2. En relación a la impugnación dirigida contra el art. 12 de la ley 941 reformado por el art. 7º de la ley 3254, que impone el deber de presentar, con carácter de declaración jurada, anualmente cierta información y documentación vinculada con la actividad del administrador y el cumplimiento de ciertos deberes legales que pesan sobre los consorcios que administra, tampoco cumple con el recaudo de exponer fundamentos en los términos requeridos para la promoción de la acción declarativa de inconstitucionalidad (con la salvedad que surge del abordaje separado que brindaré al cuestionamiento del nuevo art. 12, inc. b] de la ley 941). En efecto, el actor apoya su planteo en la invocada "irrazonabilidad" en que incurriría la normativa, al obligar a los administradores a acompañar información "que ya estaba siendo producida y enviada a distintas entidades" y porque "al representante se lo quiere obligar a informar sobre el cumplimiento no de sus obligaciones sino en definitiva sobre el cumplimiento de las obligaciones de su cliente" (fs. 11), sin embargo no muestra en qué avanzaría la disposición normativa atacada respecto de los derechos que aduce conculcados, en tanto los argumentos que emplea pueden servir para explicar la incomodidad que el cumplimiento de la norma genera más no una colisión con la Constitución local o la nacional. Tampoco explica por qué resultaría irrazonable que la información en cuestión fuera requerida a quién tiene a su cargo la administración del consorcio y, por ende, el manejo de asuntos ordinarios de su administrado, tales como el cumplimiento de las obligaciones legales que sobre éste pesan y el acceso a la documentación que lo respalde.

El planteo dirigido a cuestionar el art. 12 inc. b) de la ley 941 (con la modificación introducida por la 3254), que obliga a acompañar a la declaración jurada a que se refiere copia de las actas de asamblea relativas a rendiciones de cuentas, por vulnerar el art. 18, C.N. que establece la inviolabilidad de los papeles privados, con apoyo en que la ley no garantiza la seguridad de la información que se acompaña (fs. 11/ 11 vta. y 28), tampoco resulta admisible, pues el actor no explica por qué aquello que teme sería resultado de la aplicación del precepto cuestionado a la luz del texto del art. 7º de la mencionada ley (reformado por el art. 6º de la ley 3254), de acuerdo al cual sólo "[e]l Registro es de acceso público, gratuito y debe estar disponible para su consulta en la página web del Gobierno de la Ciudad...".

4.3. En cuanto a la obligación prescripta por el art. 12 inc. e) de la ley 941 (según la redacción de la ley 3254) de presentar una "[d]eclaración jurada patrimonial ante el consorcio y aprobada por este, destinada a garantizar sus responsabilidades como administrador", agregando que "[e]sta declaración podrá sustituirse por la constancia de la constitución a favor del consorcio de propietarios, a cargo del administrador, de un seguro de responsabilidad profesional emitido por una compañía de seguros", la impugnación formulada por el actor, con apoyo en que la disposición cuestionada vulnera el derecho a la igualdad (art. 16, C.N.) y a ejercer industria lícita (art. 14, C.N.), tampoco cumple con el recaudo de mínima fundamentación, pues no liga los preceptos constitucionales invocados con la norma que impugna. En efecto, no explica cómo la mencionada disposición resultaría idónea para vulnerar el derecho a la igualdad o a ejercer la actividad profesional en cuestión, en la medida

en que no se desprende de su texto expreso obligación alguna que implique, como pretende el actor, excluir algún sector del mercado en el marco de una disposición que tiene como finalidad declarada que los administrados tomen conocimiento de la situación patrimonial de quien administrará los recursos de aquellos y que puedan exigir, a la postre, que los administradores contraten un seguro para garantizar una adecuada administración de los fondos.

Sin perjuicio de lo dicho en el punto 3.1., tampoco resulta admisible la demanda en relación a la impugnación del art. 3º de la disposición 6013/DGDyPC/09 respecto del planteo que tiene como eje el cuestionamiento de lo que supone el cambio del "concepto de 'seguro de responsabilidad profesional' previsto por el art. 12, inc. e) de la ley 941 (texto según ley 3254) por un 'seguro de caución', bancario y mucho más costoso" (fs. 12 vta.), puesto que no basta su simple invocación si no apunta a demostrar que necesariamente el seguro de caución resulte más costoso que el profesional y que no es válido requerirlo, despliegue ausente en la presentación.

4.5. El cuestionamiento de los arts. 9º y 10 de la ley 941 (modificados por el art. 7º de la ley 3254), que establecen las obligaciones del administrador y las condiciones en que deberán efectuarse las liquidaciones de expensas tampoco cumple con el recaudo de fundamentación exigible.

En efecto, el actor cuestiona el nuevo art. 9º, inc. e) —que obliga a llevar un libro de registro de firmas de propietarios—, por entender que la obligación resulta de cumplimiento imposible y carece de utilidad; el art. 9º, inc. g) —en la medida en que obliga a "[d]enunciar ante el Gobierno de la Ciudad, toda situación antirreglamentaria y las obras ejecutadas en el edificio que administra sin el respectivo permiso de obra o sin aviso de obra, según corresponda conforme las normas vigentes"—, por resultar también de cumplimiento imposible y porque obliga al representante a denunciar al representado, lo que implicaría obligar al consorcio a declarar contra sí mismo; el art. 9º, inc. j) —en cuanto obliga a especificar, en la convocatoria a Asambleas Ordinarias y Extraordinarias, la hora de finalización y a acompañar copia del acta de la última asamblea realizada—, por resultar "...irrazonable que una norma ajena a la voluntad de las partes obligue a ceñirse a un horario de cierre definido con anterioridad sin ningún rigor técnico" y porque "adjuntar la copia del acta anterior en la citación a asamblea resulta contrario a las normas habituales previstas en los reglamentos [...] y en casi todos los casos extemporáneo (fs. 16 vta.); el art. 9º inc. l) —que establece los datos que deben contener los recibos de expensas—, por resultar inconsistente y de imposible cumplimiento; y el art. 10 —que dispone el contenido que deben observar las liquidaciones de expensas—, por resultar irrazonable. Sin embargo, en sus planteos o bien no explica por qué la interpretación que postula de la normativa cuestionada sería una posible (art. 9º, incs. e], g] y j]), o no indica por qué ello tornaría en inconstitucionales a las normas. En este orden de ideas, las normas cuestionadas no pueden ser interpretadas aisladamente y el actor debió, al menos, explicar por qué la interpretación que propone sería una posible a la luz de lo dispuesto, v. gr., por el art. 15, inc. d) del mismo

cuerpo normativo, según el cual el incumplimiento de las obligaciones impuestas por el art. 9º de la ley sólo se traducirían en una infracción si obedecieran a razones atribuibles al administrador.

4.6. Igual temperamento resulta aplicable a la impugnación del art. 11 de la ley 941 (con la modificación introducida por la ley 3254).

El actor apoya su planteo de inconstitucionalidad en que la mencionada norma extrae los requisitos previstos en el art. 21 de la ley nacional 24.240 como obligatorios para los proveedores, pero invierte el sujeto obligado, incorporándolos "como obligaciones a cumplir por el cliente y/o consumidor" (fs. 18 vta.), sin embargo, por una parte, no explica por qué la obligación recaería sobre el cliente, en la medida en que una interpretación literal de la ley no conduce a dicha conclusión —la ley dispone que "*[l]os administradores de consorcios* no pueden contratar ni someter a la consideración del consorcio los presupuestos de provisión de bienes, servicios o realización de obras" (sin destacar en el original) que no reúnan los requisitos allí enumerados— y, por otra, porque no identifica cuál sería, en su caso, la norma constitucional vulnerada.

4.7. Tampoco se encuentra adecuadamente fundada la impugnación del art. 14 de la ley 941 (modificado por la 3254), en tanto el actor no señala con cuáles normas constitucionales se encontraría reñido, ni se hace cargo de explicar por qué resultaría irrazonable la exigencia vinculada a obtener determinado consenso del conjunto de propietarios que conforman un consorcio a fin de modificar los honorarios acordados ni por qué ello vulneraría la autonomía de la voluntad —voluntad, la de los administrados, a que estarían llamados a conformar los mencionados propietarios.

4.8. En relación al planteo dirigido a cuestionar el régimen de infracciones establecido por los arts. 15 y 16 de la ley 941 (con la modificación introducida por la ley 3254), a lo dicho en el punto 4.5., al que me remito, agrego que el actor no define a qué "normas nacionales y de fondo de jerarquía superior a esta ley" se opondrían o por qué implicaría hacer "cargar sobre la persona del representante las sanciones por incumplimientos del ente" (fs. 20), lo que priva de sustento a la mencionada impugnación.

Finalmente, el actor impugna el art. 17 de la ley 941 (modificado por la 3254) en cuanto establece el procedimiento administrativo aplicable, pero sin identificar preceptos constitucionales con los que el régimen cuestionado se encuentre en pugna, lo que justifica también a este respecto declarar inadmisible la demanda promovida.

5. Por las razones dadas, corresponde declarar formalmente admisible la demanda con relación a la impugnación dirigida contra el art. 3º de la disposición 6013/DGDyPC/09 y el art. 13 de la ley 941 (modificado por la ley 3254), de acuerdo al alcance que surge del punto 3 de este voto, y denegarla con respecto al resto de normas cuestionadas.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* inadmisible la acción de inconstitucionalidad planteada a fs. 8/32 por el Sr. Lisandro Esteban Cingolani.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y se archive.

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

CXXII

"FISCALÍA GENERAL ANTE LA CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL C/GCBA S/PROCESO DE CONOCIMIENTO S/SAO —OTROS"

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. 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. Dado que, la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial al expedirse en estas actuaciones no consideró ni uno solo de los argumentos vertidos por el Tribunal en la resolución de fecha 29/4/2009 dictada en el expte. n° 6421/09 "GCBA s/SAO —otros— inhibitoria, en: 'Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial s/sumarísimo'", sino que declaró "inaudible" la inhibitoria con el único sustento del "principio general sentado por el CPCC: 7" (*sic*) —, resulta pertinente remitir a lo ya expresado al votar en esa oportunidad, tanto en lo que se refiere al argumento utilizado por la Cámara Comercial para declarar "inaudible" la inhibitoria, como a las razones que justifican la competencia de este Tribunal para conocer —exclusivamente— del planteo de inconstitucionalidad de la ley local 2875 formulado de oficio por señora fiscal general ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano y Ana María Conde).*

2. Dado que la Corte Suprema de Justicia de la Nación remite esta causa para que el Tribunal Superior de Justicia tome conocimiento de lo decidido por la Justicia Nacional en lo Comercial y manifieste si mantiene la posición que adoptara

con anterioridad o si, por el contrario, la modifica, en el marco del expte. nº 6421/09, "GCBA s/SAO — otros— inhibitoria, en: 'Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial c/GCBA s/ sumarísimo'" (resolución del día 29/4/2009), al haber votado en minoría que la inhibitoria planteada era improponible, ratifico, en todos sus términos, los fundamentos y el sentido de aquel voto. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Se reproducen a continuación los sumarios pertinentes de los fundamentos de los votos de los señores jueces en el expte. n° 6421/09 "GCBA s/SAO —otros— inhibitoria, en: 'Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial c/GCBA s/sumarísimo'", del 29/4/2009:

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).*

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).*

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).*

4. No puede admitirseque 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).*

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).*

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).*

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).*

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).*

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).*

10. 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, 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 en disidencia 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 en disidencia 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 en disidencia 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 en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. SAO nº 7214/10 - 26/5/2010

VISTO:

el expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

1. Estas actuaciones llegan a esta sede con motivo de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a fs. 334, a los fines de que este Tribunal "cono[zca] y [se] exp[ida]" sobre la decisión de la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de fs. 315/322, que declaró inaudible la inhibitoria decidida mediante resolución del TSJBA que, en copia, obra a fs. 231/253.

2. A fs. 339 se dio vista al señor fiscal general, que emitió el dictamen que obra a fs. 345/347.

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Resulta pertinente realizar una breve reseña de los puntos sustanciales de este expediente, a los fines de un acabado esclarecimiento de su situación actual.

Las actuaciones se inician ante el fuero nacional en lo comercial —bajo el registro n° E29 96.636/2009, "Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial s/sumarísimo"— con la demanda de fs. 15/95 que promueve la señora fiscal general ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. En ella requiere la declaración de inconstitucionalidad *erga omnes* de la ley 2875 de la Ciudad de Buenos Aires—que crea el Registro Público de Comercio y Contralor de Personas Jurídicas de la Ciudad—, del art. 34 del Cód. de Com. y de las leyes nacionales 21.768 y 22.280. Paralelamente solicita el dictado de una medida de no innovar para que el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires se abstenga de poner en marcha el mentado registro "hasta tanto se dilucide la presente demanda por inconstitucionalidad".

A fs. 96/99 el señor juez nacional en lo Comercial N° 15 ordena una vista al Ministerio Público Fiscal sobre la competencia y, simultáneamente, hace lugar a la medida cautelar y "suspend[e] la ejecución de la ley 2875 dictada por el Poder Legislativo de la Ciudad de Buenos Aires".

A fs. 115/116 dictamina la Fiscalía Comercial N° 2 sin objetar la competencia del fuero.

A fs. 118/121 se presenta el Procurador General de la Ciudad de Buenos Aires y, en lo que aquí interesa, plantea la incompetencia de la justicia comercial al tiempo que apela la cautelar de marras.

A fs. 123 el juez en lo Comercial N° 15 "t[iene] presente el planteo de incompetencia para su oportunidad" y concede en relación y con efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto contra la decisión que decretó la medida de no innovar.

Cabe destacar que por la apelación se formó incidente bajo el n° 10.629/2009 del Registro del Juzgado Nacional en lo Comercial N° 15. Dicho expediente fue remitido a esta sede por el Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal N° 12 en mérito de la remisión ordenada a fs. 334 por la CSJN de estos autos principales.

A fs. 125/130 el juez en lo Comercial N° 15 declara su incompetencia para conocer en este expediente y considera competente al fuero Contencioso Administrativo y Federal.

Cabe aquí consignar que, como se advierte con una simple lectura de la resolución indicada, el magistrado se expide sólo en función de que la decisión sobre su competencia había quedado pendiente "conforme lo dicho en fs. 96, pto. 2 [...]". En ningún momento considera el planteo de incompetencia introducido por el Gobierno de la Ciudad a fs. 118/121.

A fs. 132 apela esta última resolución la fiscal general ante la Cámara Comercial, y a fs. 133 el juez en lo Comercial N° 15 concede el recurso.

A fs. 135 también apela dicho decisorio el Gobierno de la ciudad, recurso que es concedido por el Juzgado en lo Comercial N°15 a fs. 136.

A fs. 227/228 el fiscal ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil emite dictamen —en atención a que la fiscal general ante la Cámara Comercial ha sido quien inició las actuaciones— y propicia mantener la solución adoptada por el señor juez en lo Comercial N° 15.

A fs. 231/253 luce agregada copia de la resolución adoptada por este Tribunal el 29/4/2009 en el expte. n° 6421/09 "GCBA s/SAO —otros— inhibitoria, en: 'Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial s/sumarísimo'". En esta resolución el Tribunal resolvió hacer lugar al planteo de inhibitoria impetrado por el Gobierno de la Ciudad para conocer *del planteo de inconstitucionalidad de la ley local 2875* introducido en el *sub iudice*, es decir, en el expte. nº E29 96.636/09, "Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial s/sumarísimo", e invitó "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 [fuera] resuelta por la Corte suprema de Justicia de la Nación, en los términos del art. 24, inc. 7º, del dec. ley 1285/58".

A fs. 315/322 la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial dicta resolución que, en lo que aquí interesa, confirma la declaración de incompetencia y la asignación de esta causa al fuero Contencioso Administrativo Federal decididas por el juez en lo Comercial N° 15; asimismo, la Cámara declara "*inaudible* la inhibitoria planteada por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" (el destacado me pertenece).

A fs. 329 el fiscal de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal dictamina que, "atento la competencia asumida por el Tribunal Superior y la invitación formulada por éste a que el fuero nacional decline su competencia, criterio no compartido por la justicia nacional, a través de la Excma. Cámara Comercial [...] correspondería que se eleven las actuaciones a la Corte suprema de Justicia de la Nación a los fines de su resolución (art. 24, inc. 7º del dec. ley 1285/58)

A fs. 330 el juez en lo Contencioso Administrativo Federal N° 12 comparte el criterio del Ministerio Público Fiscal y resuelve elevar estas actuaciones a la CSJN.

A fs. 333 dictamina la Procuración General de la Nación. Expresa que, a su modo de véase, aún no se ha trabado correctamente una contienda de competencia que la Corte deba resolver en los términos del art. 24, inc. 7º del dec. ley 1285/58. Alude a que la Cámara Comercial declaró su incompetencia y se la atribuyó al fuero Contencioso Administrativo Federal y, si bien la primera declaró inaudible la inhibitoria planteada por el TSJBA, ello no configura una contienda positiva de competencia, "pues para ello es necesario que los dos se declaren competentes en una misma causa, situación que no se configuró en el *sub lite*".

De todos modos, la Procuración expresó en su dictamen que: "Para el caso de que la Corte considere de todas maneras trabado un conflicto positivo de competencia, solicita se requiera al Tribunal Superior de Justicia el expte. n° 6421/09,

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

A fs. 334 la CSJN dicta resolución ordenando que el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires "cono[zca] y [se] exp[ida]" sobre la decisión de la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de fs. 315/322, que declaró inaudible la inhibitoria decidida mediante la resolución del TSJBA ya aludida.

2. Tras esta síntesis del trámite de este expediente, en sus aspectos más significativos, considero necesario advertir con carácter previo que, más allá de que la Cámara Comercial se haya considerado habilitada para atribuir esta causa a la justicia Contencioso Administrativo Federal, lo cierto es que la accionante —señora fiscal ante la Cámara mencionada—, al apelar la incompetencia decretada por la justicia nacional en lo Comercial, persistió en su intento original por litigar ante el fuero de mención (fs. 132/133). Ello implica que, en lugar de optar por una de las únicas opciones disponibles conforme al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, esto es, aceptar la inhibitoria o, lo contrario, aceptar la intervención requerida por la actora para suscitar la decisión de la CSJN en los términos del art. 24, inc. 7º del dec. 1285/58, la sentencia de la Cámara Comercial adoptó, sin requerimiento de parte ni en defensa de su propia competencia una tercera variante peculiar, dejar sentada opinión acerca de cuál sería el juez competente, que, tal como lo indica el dictamen del señor fiscal general de la Ciudad de fs. 345/347, y ya venía advertido por el dictamen de la señora procuradora fiscal ante la CSJN a fs. 333, no permite tener por configurado, menos aún trabado, un conflicto de competencia. En tal contexto, este Tribunal carece de potestades que justifiquen considerar siquiera la intervención del fuero Contencioso Administrativo Federal que no se ha pronunciado sobre el punto, y le corresponde en cambio, sin perjuicio de lo ya dicho, expedirse acerca del requerimiento que la Corte Suprema de Justicia de la Nación efectúa al Tribunal a fs. 334.

3. Al respecto, he de señalar que la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial al expedirse en estas actuaciones no consideró ni uno sólo de los argumentos vertidos por el Tribunal en la resolución de fecha 29/4/2009 dictada en el expte. n° 6421/09, "GCBA s/SAO —otros— inhibitoria, en: 'Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial s/sumarísimo'", sino que declaró "inaudible" la inhibitoria con el único sustento del "principio general sentado por el CPCC: 7º" (*sic*) —sin siquiera ponderar las consideraciones expresadas sobre esa específica cuestión en la aludida decisión del Tribunal.

Por tal razón, entiendo que resulta pertinente remitir a lo ya expresado al votar en esa oportunidad en forma conjunta con el juez Luis F. Lozano, tanto en lo que se refiere al argumento utilizado por la Cámara Comercial para declarar "inaudible" la inhibitoria, como a las razones que justifican la competencia de este Tribunal para conocer —exclusivamente— del planteo de inconstitucionalidad de la ley

local 2875 formulado de oficio por señora fiscal general ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial.

Dijimos junto al juez Luis F. Lozano en aquella oportunidad:

"*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.[23] y de las leyes nacionales 21.768 y 22.280[24] (fs. 15, 95 y fundamentación de fs. 73/82),

[23] *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.

[24] 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

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 derecho 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 3221", del 17/5/2005, *Fallos,* 328:1491), conduce a evitar interpretaciones

---

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.

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, aún 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, aún 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", Edición de la Revista de Jurisprudencia Argentina, pp. 25 y ss., en particular pp. 31 y 32, Buenos Aires, 1943).

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 - dto. 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 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (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, considerando 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 el mismo

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 de octubre de 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, p. 304, segunda edición, traducida por Jacinto Mesía y Manuel Poley, Centro Editorial de Góngora, Madrid). 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 inte-

resa 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 adversaria; 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. considerando 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 (v. punto 4.2, párr. 2º, *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 auto atribuye la señora fiscal equivale a generar una intervención federal, un veto sin posibilidad de insis-

tencia 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 Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, 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. TSJBA *in re:* "Farkas, Roberto y otro c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires 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..." (TSJBA, *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 de mayo de 1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. I, Ad-Hoc, Buenos Aires, 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], t. I, Ad-Hoc, Buenos Aires, 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], t. I, Ad-Hoc, Buenos Aires, 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], t. I, Ad-Hoc, Buenos Aires, 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".

4. Por las razones expuestas, y sin perjuicio de la advertencia formulada en el punto 2 de este voto, considero que el Tribunal es parcialmente competente para conocer en este expediente, sólo en relación a la pretensión orientada a la declaración inconstitucionalidad *erga omnes* de la ley local 2875 y, en consecuencia, debe mantener la decisión expresada en la resolución de fecha 29/4/2009 en el expte. n° 6421/09, "GCBA s/SAO —otros— Inhibitoria, en 'Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial s/sumarísimo'". Todo ello, más allá 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.

Asimismo considero que, atento a lo que surge del dictamen de la Procuración General de fs. 333, por razones de economía procesal, resulta pertinente adjuntar a estas actuaciones el expediente referido en el punto anterior.

A los mismos efectos, opino que también resulta conveniente anejar a estas actuaciones el expte. n° 10.629/09 del Registro del Juzgado Nacional en lo Comercial N° 15 mencionado en el punto 1 de este voto, que fuera directamente remitido —como surge de sus constancias, véase fs. 191— a esta sede por el Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal N° 12 y que, por tratarse de un incidente de las presentes actuaciones, deberá seguir la suerte del principal.

Así lo voto.

Los jueces Luis F. Lozano y Ana María Conde dijeron:

Adherimos al voto del señor juez José O. Casás.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

La Corte Suprema de Justicia de la Nación remite esta causa para que el Tribunal Superior de Justicia tome conocimiento de lo decidido por la Justicia Nacional en lo Comercial y manifieste si mantiene la posición que adoptara con anterioridad o si, por el contrario, la modifica.

En el expte. nº 6421/09 "GCBA s/SAO — otros— inhibitoria, en: 'Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial c/GCBA s/ sumarísimo'" (resolución del día 29/4/2009), voté en minoría que la inhibitoria planteada era improponible. Hoy ratifico, en todos sus términos, los fundamentos y el sentido de aquel voto.

El 29 de abril de 2009 dije:

"*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, como así 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 de 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.

Por fin advierto que, en la cuestión de autos —que la CSJ definiera sutilmente como "atípica"— se acumulan a partir de las diversas intervenciones de los órganos involucrados: *i)* actuaciones que exceden el marco de competencias legales y constitucionales; *ii)* una nítida violación de la autonomía porteña y por lo tanto del art. 129 de la C.N.; *iii)* planteos improponibles de la Procuración General de la Ciudad, *iv)* la pretensión de mutar trámites nulos en el Poder Judicial de la Nación, en acciones declarativas de inconstitucionalidad regidas por el derecho público local; *v)* la atribución de verosimilitud del derecho a una invocación infundada de quien no puede ser parte, a despecho del principio de presunción de validez de una ley sin que haya espacio (dado que no hay caso ni causa, ni competencia que sirva de sustento) para el ejercicio de la función jurisdiccional.

La Procuración General impulsa para defender la autonomía de la Ciudad, una vía que es definitivamente inadmisible y jurídicamente inviable. De allí que,

en mi opinión, no puede ser convalidada. Tampoco coincido con que se esté en presencia de un conflicto de competencia. Esto sin perjuicio de que sea posible intentar otras acciones judiciales frente a las "atípicas" actuaciones de órganos del Poder Judicial de la Nación y del Ministerio Público de la Nación.

Los fundamentos expuestos satisfacen, según entiendo, el requerimiento formulado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Así voto.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Dar cumplimiento* a lo requerido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a fs. 334 y, en consecuencia, afirmar la competencia parcial de este Tribunal para conocer en el presente expediente sólo con relación a la pretensión orientada a la declaración inconstitucionalidad *erga omnes* de la ley local 2875, tal como fuera expresado en la resolución de fecha 29/4/2009 en el expte. n° 6421/09, "GCBA s/SAO —otros— inhibitoria, en: 'Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial s/sumarísimo'".

2º. *Elevar* mediante oficio de estilo las presentes actuaciones a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, conjuntamente con el expte. nº 6421/09, "GCBA s/SAO —otros— Inhibitoria, en: 'Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial s/sumarísimo'" y el expte. nº 10.629/09 del Registro del Juzgado Nacional en lo Comercial Nº 15.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique a la Fiscalía General y se cumpla.

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

CXXIII

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'ZUCCOLI, OSCAR LUIS MARCELO Y OTROS C/GCBA S/DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESP. MÉDICA)'"

RECURSO DE QUEJA: Caso constitucional. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Omisión de prueba. INUNDACIÓN: Resarcimiento de daños y perjuicios. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO: Falta de servicio. Omisión del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Relación de causalidad entre el daño y el hecho que genera la responsabilidad del Estado.

SUMARIOS:

1. Corresponde admitir el recurso de queja y hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad pues la sentencia impugnada resolvió la controversia sobre la

base de presunciones que no quedaron debidamente comprobadas en la causa y el tribunal *a quo* omitió el tratamiento de aspectos conducentes para dilucidar si correspondía atribuir responsabilidad al Estado local por los daños ocasionados en los bienes de propiedad de la parte actora a partir de una inundación que tuvo lugar el 24 de enero de 2001, luego de las intensas lluvias que arreciaron sobre la ciudad. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

2. Los desarrollos contenidos en la sentencia objetada no individualizan constancias de la causa que permitan tener por acreditado que, al momento en que se produjeron las lluvias y la inundación, los sumideros adyacentes a la vivienda de los accionantes se encontraban en mal estado de conservación como parece asumir la Cámara; esto es, deteriorados, faltos de limpieza o en ausencia de condiciones para su normal funcionamiento, omisión que probablemente obedezca a que en el expediente no se ha ofrecido y producido ningún tipo de prueba idónea para acreditar tal extremo. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

3. No resulta posible identificar con el grado de certeza exigible para estos supuestos cuáles son los preceptos jurídicos que, de acuerdo a las pruebas colectadas en la causa, el tribunal *a quo* consideró incumplidos por el GCBA para tener por configurada una falta de servicio que justifique la condena —omisión de la Administración en tomar "las medidas conducentes a fin de prevenir los daños" derivados de las inundaciones producidas en la zona específica de la Ciudad donde se encuentra el inmueble propiedad de los actores—. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

4. La afirmación genérica de la demanda que, apoyada en artículos periodísticos e informes cuya autenticidad y seriedad no se discute, se refiere a las frecuentes inundaciones en ciertas zonas de la Ciudad, a la antigüedad del drenaje pluvial de la Ciudad o más ampliamente a "la realidad" de la Ciudad vinculada a distintos defectos de la planificación urbana que conspirarían contra el óptimo escurrimiento de la aguas, podrá ser útil para describir en abstracto y en líneas elementales una situación que resulta de público conocimiento, mas no resulta hábil —por sí sola— para ilustrar en un proceso judicial de esta naturaleza la situación particular y específica del accionante con relación al servicio involucrado, a partir de los daños por los que se reclama. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

5. El descuento en las boletas de contribución territorial, el crédito de cinco mil pesos y las cuatro latas de pintura mencionadas por el actor, aún de tenerse su otorgamiento por efectivamente probado, no permiten acreditar, en modo alguno, las concretas irregularidades atribuidas al GCBA que se denuncian en este expediente como justificativo del deber de resarcir por los daños causados a raíz de la inundación. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

6. Al no haber demostrado la actora la relación de causalidad entre el daño cuya reparación se persigue y las pretendidas omisiones que adjudica al GCBA, no resulta necesario evaluar el argumento y la prueba aportados por la demandada para intentar quedar eximida de toda responsabilidad en el caso por la invocación

de un caso fortuito o razones de fuerza mayor. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

7. No basta haber sufrido un daño para que ello sea suficiente título de la respectiva indemnización, pues es necesario establecer el nexo de causalidad entre ese efecto dañoso y el hecho que suscita la responsabilidad del Estado, en cuanto este hecho sea el factor por cuyo influjo ocurrió aquel daño. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

8. El eje del recurso de inconstitucionalidad consiste en proponer al Tribunal la revisión de hechos y/o conceptos propios de la competencia de los jueces de mérito y, consecuentemente, ajenas a la vía extraordinaria que intenta. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

9. La secuencia de agravios está orientada únicamente a lograr que el Tribunal Superior de Justicia vuelva sobre la evaluación de las probanzas que fuera realizada por las instancias ordinarias, sin que ese empeño exhiba la afectación de algún principio constitucional. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. SACAyT nº 6661/09 - 27/5/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Oscar Luis Marcelo Zuccoli —actualmente fallecido (fs. 421/423 vta., autos principales)— y María Cristina Bonifacio iniciaron una demanda contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, GCBA) con el objeto de obtener el cobro de la suma de $ 34.408,40 (treinta y cuatro mil cuatrocientos ocho con cuarenta centavos), o lo que en más o en menos resultare de las pruebas a rendirse, por los daños y perjuicios que se produjeron en su inmueble y en los bienes muebles de su propiedad con motivo de la inundación que tuvo lugar a raíz del temporal acaecido el 24 de enero de 2001, con más los intereses desde la fecha del evento dañoso que originó el reclamo (fs. 77/91 vta., autos principales).

Relataron que el temporal no fue excepcional dado que eran frecuentes las inundaciones en la Ciudad. Asimismo, expresaron que la red de desagües de la ciudad se veía afectada por el aumento de la construcción de nuevos sumideros y 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. Por otra parte, mencionaron la existencia de pliegos para el llamado a una 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, concluyeron que pesaba una "responsabilidad incuestionable" sobre la demandada quien debía haber evitado las consecuencias dañosas de tal tipo de eventos climáticos.

Además, manifestaron haber efectuado reclamos ante el Centro de Gestión Nº 12 solicitando el resarcimiento de los daños y que, en respuesta, sólo obtuvieron un descuento en las boletas de contribución territorial, un crédito de cinco mil pesos ($ 5.000) y cuatro latas de pintura. Finalmente, detallaron los daños pretendidos (material, moral y psíquico), efectuaron una liquidación de sus montos y ofrecieron prueba.

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. También el Gobierno rechazó los argumentos de los actores relativos a la falta de limpieza de los sumideros y aclaró que la tarea, por lo demás, se encontraba a cargo de una empresa concesionaria y que ellos son limpiados con frecuencia mínima mensual. En cuanto a las imputaciones relativas a la falta de realización de obras hidráulicas, alegó que para concretarlas eran necesarios estudios previos en atención al volumen y costo de la obra. Puntualizó en este sentido que el presupuesto era escaso y que la ciudad debía determinar prioridades al momento de administrar los recursos con que contaba. En suma, la demandada afirmó que "...[n]o existen en esta causa presupuestos fácticos generadores de responsabilidad que deban endilgarse al Gobierno de la Ciudad ni omisión antijurídica abusiva...". (fs. 118/142, autos principales).

3. La sentencia de primera instancia rechazó la demanda, con costas (fs. 414/418, autos principales). En lo que ahora interesa, afirmó "si bien es cierto que los actores adjuntaron suficiente prueba del daño sufrido, no han 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 los actores hubieran acreditado la antijuridicidad de la omisión alegada. Y no puede invocarse la dificultad de acceder a dichas pruebas porque un peritaje específico —por ejemplo, de un ingeniero hidráulico— y un pedido de informe sobre las condiciones de los sumideros, hubieran resultado esclarecedores de la cuestión planteada". El juez agregó que "[e]n el caso, más que los daños sufridos, los actores debieron demostrar que de haberse realizado las obras hidráulicas invocadas, el resultado desgraciado se hubiera evitado o disminuido". El sentenciante concluyó entonces que "de las pruebas aportadas surge que efectivamente se ha producido la inundación que motivó la presente demanda, así como los daños sufridos por los actores (pericias técnicas); 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 los actores" (fs. 416).

4. La coactora María Cristina Bonifacio, por derecho propio y en representación de sus hijos menores de edad, apeló la sentencia recaída en la causa y expresó agravios (fs. 427 y 452/464 vta., autos principales). Oportunamente, el GCBA contestó el traslado de ley y solicitó que se confirmase la decisión dictada por el juez de grado (fs. 468/479 vta., autos principales).

5. La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario revocó la sentencia de primera instancia e hizo lugar a la demanda (fs. 487/500, autos principales).

6. Contra el referido decisorio, el GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 531/543 vta., autos principales). Calificó a la sentencia de arbitraria por entender que ésta resultaba autocontradictoria y por considerar que los magistrados habían omitido ponderar cuestiones significativas para la correcta solución de la causa (fs. 538 vta., autos principales). En particular, sostuvo que no se tuvo en cuenta el marco normativo que rige la noción de caso fortuito o fuerza mayor (art. 514, Cod. Civil) y los requisitos para su configuración. Por otra parte, resaltó que del informe del Servicio Meteorológico de la Nación surgía que la tormenta que dio lugar a la inundación tuvo carácter extraordinaria (fs. 539, fs. 541 vta./542 vta.). Agregó que la Cámara encuadró el caso en el art. 1112 del Cód. Civil aunque la actora no probó que el GCBA incurriera en falta de servicio (fs. 543). Planteó que tales omisiones afectaron el derecho de defensa de su parte (fs. 531, 538 vta., 539 vta., 540/540 vta., 541), su derecho de propiedad (fs. 539) y el principio republicano de gobierno (fs. 531, 538 vta./539). Por iguales consideraciones, entendió configurada la causal de gravedad institucional.

La parte actora contestó el recurso y solicitó su rechazo (fs. 558/563 vta., fs. 570 y vta., autos principales).

Por su parte, el asesor tutelar Gustavo Daniel Moreno —en representación del menor Federico Oscar Zuccoli— consideró que en el caso correspondía desestimar el recurso y confirmar la sentencia recurrida en todas sus partes (fs. 572/575 vta., autos principales).

La Sala I de la Cámara CAyT declaró inadmisible el recurso por entender que el recurrente no había logrado exponer con la fundamentación, claridad y precisión debidas, un caso constitucional que justificase la intervención del Tribunal Superior en los términos del art. 27 de la ley 402. Asimismo, consideró que tampoco se encontraban configuradas las causales de arbitrariedad y gravedad institucional invocadas (fs. 578/579 vta., autos principales).

7. Contra la denegatoria, el GCBA interpuso la presente queja (fs. 104/115).

Requerido su dictamen, la asesora general tutelar postuló el rechazo de la queja por inexistencia de caso constitucional y de arbitrariedad (fs. 178/181). A su vez, el señor fiscal general adjunto también propició el rechazo de la queja por considerar que en el caso no se había demostrado la existencia de causa constitucional ni se habían configurado las causales de arbitrariedad y gravedad institucional (fs. 184/186).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. El recurso de queja obrante a fs. 104/115 fue interpuesto en término y conforme a las exigencias formales del art. 33 de la ley 402. Asimismo, logra acreditar que en autos quedó configurada una cuestión constitucional vinculada con la afectación del derecho de defensa de la parte demandada (arts. 13.3, CCBA y 18, C.N.) y no una mera discrepancia sobre cuestiones de hecho y prueba como se sostiene en el punto IV del auto denegatorio obrante a fs. 578/579 vta. de los autos principales. Ello conduce a ingresar en el tratamiento del recurso de inconstitucionalidad deducido por el GCBA contra la sentencia de la Sala I de la Cámara CAyT de fecha 12 de febrero de 2008.

2. En mi concepto, asiste razón al recurrente cuando alega que la sentencia impugnada resolvió la controversia planteada en el *sub examine* sobre la base de presunciones que no quedaron debidamente comprobadas en la causa y que, por su parte, el tribunal *a quo* omitió el tratamiento de aspectos conducentes para dilucidar si correspondía atribuir responsabilidad al Estado local por los daños ocasionados en los bienes de propiedad de la parte actora a partir de una inundación que tuvo lugar el 24 de enero de 2001, luego de las intensas lluvias que arreciaron sobre la ciudad.

3. En cuanto importa a los fines de la resolución del recurso de inconstitucionalidad planteado por el Gobierno, interesa destacar que, en el voto del juez preopinante de la Sala I, Cámara CAyT, doctor Esteban Centanaro, se señaló que "los daños por los que reclaman los actores habrían sido consecuencia del anegamiento de calles de la zona, por hallarse dentro de la influencia de la cuenca del Arroyo Vega, producto de la cantidad de agua caída sobre la ciudad en la fecha antes señalada..."; y que "...al tratarse de bienes del dominio del demandado, correspondía a este último mantener en buen estado de uso y conservación las arterias de la zona donde se encuentra ubicado el inmueble en cuestión, por lo cual, evidentemente, aquéllas se encontraban bajo su guarda, respondiendo, en tal sentido, por los daños que su negligencia en el mantenimiento hubiese provocado a los usuarios (art. 1113, 2º párrafo, *in fine*, del Cód. Civil)..." (punto X).

También el juez preopinante sostuvo que, en el caso, no se había configurado el supuesto de caso fortuito o fuerza mayor invocado por la demandada, dado que el daño producido al inmueble de los actores había encontrado su causa, "al menos en una importante medida", en "la inobservancia de la obligación que incumbía al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires de controlar que los sumideros se desempeñaran como óptimos conductores de la red pluvial" (punto XI).

Así, el doctor Centanaro afirmó: "En síntesis, del examen de las constancias obrantes en autos puede considerarse que las consecuencias dañosas derivadas del hecho tienen (como) causa exclusiva el agua ingresada como resultado del no mantenimiento debido a los sumideros y/o las obras que considere necesarias

para evitar que las tormentas produjeran las inundaciones como las ocurridas en autos, ello como consecuencia de la inacción por parte de la demandada, siendo esta la causa eficaz y adecuada de los daños sufridos por los actores.// Es decir, es al GCBA (a) quien le compete realizar las obras públicas necesarias para la conservación en buen estado de los bienes bajo dominio público. De haber realizado las obras correspondientes, el hecho (inundación) no hubiera existido y el daño no se hubiera producido".

En suma, para el aludido magistrado "(l)a responsabilidad del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires nace de la obligación de su guarda, con relación a los bienes que conforman el dominio público, en el caso, los desagües pluviales; y obviamente no cumplió con la diligencia debida. Por lo que (...) el GCBA no logra demostrar su falta de culpa en el resultado dañoso, a los fines de eximirse de responsabilidad" (punto X).

Por su parte, el juez Carlos F. Balbín consideró que, en este caso concreto, resultaba aplicable lo establecido en el art. 1112 del Cód. Civil, "toda vez que el daño derivó del incumplimiento del Estado local respecto de su obligación de mantener los sumideros de la Ciudad en condiciones adecuadas". En este sentido, afirmó que "(t)al como lo señala el juez Centanaro, los daños obedecieron a la falta de limpieza de los desagües (conf. punto XI de su voto) y, a su vez, la Ciudad tiene la obligación de conservación de puentes, túneles, calles, calzadas y demás obras públicas (art. 2º, ley 19.987)" —punto II.d.

Finalmente, el juez Horacio G. A. Corti, tras fundar en su voto la responsabilidad del Estado por sus actos, hechos u omisiones ilícitos en la Constitución y en lo dispuesto por el art. 1112 del Cód. Civil, añadió que "...las circunstancias que dieron lugar al reclamo de estos autos no fueron un hecho aislado, extraordinario e imprevisible, sino uno probable en el contexto de los últimos años... quedando borrado así el sesgo de imprevisibilidad que pretende otorgarle el GCBA al caso". En esta línea de razonamiento, concluyó que la demandada "conocía la problemática de las inundaciones en el ejido de la Ciudad (...)" y, por ello, "debió tomar las medidas conducentes a fin de prevenir los daños derivados de aquéllas. Es decir, mal podría el Gobierno invocar el caso fortuito, es decir, la imprevisibilidad o inevitabilidad de un hecho como el de autos, cuando cuenta —o debería contar— con los recursos idóneos a fin de pronosticar y consecuentemente evitar o mitigar situaciones como las de estos autos" (punto VII).

4. Sentado lo expuesto, es posible afirmar que en la decisión objetada se asevera que los diversos perjuicios materiales que se produjeron en el inmueble de la calle Combatientes de Malvinas (ex Donato Álvarez) nº 3650 obedecieron, básicamente, a la falta de observancia de la obligación que existe en cabeza del GCBA de controlar el estado de los sumideros de la vía pública y la falta de adecuación, mantenimiento y limpieza de los desagües de las inmediaciones.

Sin embargo, en el pronunciamiento recurrido no se han identificado concretamente las *pruebas* que llevaron a la Cámara a resolver de la forma en que lo hizo.

5. En efecto, los desarrollos contenidos en la sentencia objetada no individualizan constancias de la causa que permitan tener por acreditado en autos que, al momento en que se produjeron las lluvias y la inundación (enero de 2001), los sumideros adyacentes a la vivienda de los accionantes se encontraban en mal estado de conservación como parece asumir la Cámara en su pronunciamiento a partir de la afirmación contenida en el escrito de inicio; esto es, deteriorados, faltos de limpieza o en ausencia de condiciones para su normal funcionamiento. La aludida omisión en los fundamentos de la sentencia de condena probablemente obedezca a que en el expediente no se ha ofrecido y producido ningún tipo de prueba idónea para acreditar tal extremo, tal como lo puso de resalto el señor juez de grado al rechazar la demanda en el punto III de su sentencia, fs. 415 vta., autos principales.

Sólo a mayor abundamiento, cabe añadir que tampoco ha quedado debidamente acreditado en autos que los desagües existentes dentro de la propiedad del actor fueran aptos para un correcto escurrimiento y se encontraran en buen estado de conservación.

6. Por otro lado, la Cámara CAyT también sostiene que los daños que motivan la pretensión resarcitoria se debieron a la omisión del Estado local al momento de llevar a cabo las acciones necesarias para evitar inundaciones en el ejido de la Ciudad (véanse votos de los jueces Centanaro y Corti).

En primer lugar, no resulta posible identificar con el grado de certeza exigible para estos supuestos cuáles son *los preceptos jurídicos* que, de acuerdo a las pruebas colectadas en la causa, el tribunal *a quo* consideró incumplidos por el GCBA para tener por configurada una *falta de servicio* que justifique la condena —omisión de la Administración en tomar "las medidas conducentes a fin de prevenir los daños" derivados de las inundaciones producidas en la zona específica de la Ciudad donde se encuentra el inmueble propiedad de los actores.

En este punto, además, resulta importante señalar que la decisión cuestionada tampoco ofrece un apoyo argumental razonado que se encuentre directamente orientado a sostener que la efectiva realización de las obras hídricas que el GCBA supuestamente estaba obligado a implementar hubieran resultado aptas para prevenir o mitigar los daños cuya indemnización se procura en estos autos.

Es más, al efectuarse una referencia tan genérica a esas obras presuntamente omitidas, sin respaldo normativo o remisión al material probatorio agregado al expediente, ni siquiera es posible evaluar, por ejemplo, cuál sería la envergadura y los costos que las mismas deberían tener, con lo cual también resulta imposible pasar a considerar el grado de reproche que la alegada omisión estatal merecería en el caso, a luz de las circunstancias de tiempo y lugar que deberían ser tenidas en cuenta para resolver, de la específica viabilidad de cumplimiento de los trabajos involucrados y de la cantidad de recursos que deberían ser afectados por la Administración para que la obra referida, en definitiva, resulte de utilidad para impedir un daño particular como el denunciado en estos autos.

Nada de lo que aquí se consigna pudo ser materia de debate, dado que, como se dijo anteriormente, la parte actora no buscó producir la prueba indispensable

para que ello fuera posible, en tanto, tal como lo señalara al sentenciar el juez de primera instancia (v. fs. 414/418, autos principales), la interesada sólo se ocupó de acreditar la existencia de una inundación en su casa el día 24 de enero de 2001 que fue producto de las lluvias caídas ese día y de los daños materiales que ese suceso le generó.

Cabe resaltar en este punto, sólo a mayor abundamiento, que tampoco se acreditó en el expediente que el inmueble del actor —con anterioridad al 24 de enero de 2001— se hubiera inundado a causa de las lluvias que, con mayor o menor regularidad, caen sobre la ciudad y que esas inundaciones anteriores hayan producido efectos similares a las de la fecha apuntada. Es que la afirmación genérica de la demanda que, apoyada en artículos periodísticos e informes cuya autenticidad y seriedad no se discute, se refiere a las frecuentes inundaciones en ciertas zonas de la Ciudad, a la antigüedad del drenaje pluvial de la Ciudad o más ampliamente a "la realidad" de la Ciudad vinculada a distintos defectos de la planificación urbana que conspirarían contra el óptimo escurrimiento de la aguas (fs. 81/ 81 vta.), podrá ser útil para describir en abstracto y en líneas elementales una situación que resulta de público conocimiento, mas no resulta hábil —por sí sola— para ilustrar en un proceso judicial de esta naturaleza la situación particular y específica del accionante con relación al servicio involucrado, a partir de los daños por los que se reclama.

En este sentido, parece oportuno recordar que, para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la falta de servicio, definida como una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular, "entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño" (*Fallos*, 321:1124; 330:563; y más recientemente *in re* "Parisi de Frezzini, Francisca c/Laboratorios Huilén y otros s/daños y perjuicios", sentencia del 20/10/2009, registro del Alto Tribunal P.681. XLIII).

Por lo tanto, la genérica fundamentación que luce en la decisión recurrida —insuficiente para sustentar las conclusiones que allí se postulan— conduce a descalificar el pronunciamiento objetado en el caso.

Además, desde otra perspectiva, es claro que dos de los tres jueces de la Cámara encuadraron el caso de manera tal que hicieron recaer la carga de la prueba —no sólo del daño sufrido, sino de los restantes presupuestos que determinan la responsabilidad del Estado por su supuesta omisión antijurídica— en la parte actora (conf. art. 301, CCAyT).

7. A partir de lo expuesto, la sentencia recurrida debe ser dejada sin efecto y según lo dispuesto en el art. 31 *in fine* de la ley 402 corresponde resolver el fondo del asunto traído a conocimiento del Tribunal.

7.1. Sobre el particular, entiendo que lo expresado en los puntos precedentes resulta suficiente para decidir en este caso concreto el rechazo de la demanda, ya que, a partir de la insuficiente prueba producida en el juicio, la actora no ha logrado

acreditar —cuando, en principio, le correspondía hacerlo a la luz de la letra clara del art. 301, CCAyT— que los daños sufridos en el inmueble se produjeron a causa de las omisiones en el cumplimiento de los deberes atribuibles por el ordenamiento jurídico al GCBA que menciona en su demanda.

7.2. Un párrafo aparte merece el examen de lo sucedido en el proceso en punto a la producción de la prueba instrumental que fuera solicitada de manera oportuna por la actora en el escrito de inicio, consistente en "todas las denuncias y/o expedientes y/o registros que haya promovido el actor (...), como así también las gestiones y acciones que haya desplegado la accionada con motivo de dichas denuncias" (conf. punto VII Prueba, fs. 89 de los autos principales). Pues, como ya se señaló en el punto 1 del "resulta", la accionante manifestó haber efectuado reclamos ante el Centro de Gestión Nº 12 solicitando el resarcimiento de los daños descriptos en este juicio y que, en respuesta, obtuvo un descuento en las boletas de contribución territorial, un crédito de cinco mil pesos ($ 5.000) y cuatro latas de pintura.

Con relación al pedido de producción de esta prueba el GCBA se opuso al contestar la demanda (fs. 118/142), atento a que la actora, a su criterio, no había individualizado "concretamente las actuaciones, denuncias, expedientes y/o registros, gestiones y acciones que ha efectuado ante los organismos de mi instituyente" (conf. fs. 141).

Seguidamente, al momento de celebrarse la audiencia prevista por el art. 288 del CCAyT, el juez de grado, al determinar las pruebas admisibles para la continuación del proceso y las modalidades de su producción, resolvió: "A la prueba instrumental: Toda vez que la parte actora no procuró individualizar las actuaciones administrativas que pretendía sean anejadas a la causa por su contraria, cuando, en principio, dicha información habría estado a su disposición en los organismos respectivos dependientes de ésta, *entiendo que no corresponde requerir la documentación en cuestión en los términos del art. 316 del CCAyT, y bajo el apercibimiento que ello implicaría*. // Sin perjuicio de ello, en uso de las facultades que la ley me confiere, y en los términos del art. 29, inc. 2º del CCAyT, ordénase en este acto el libramiento de un oficio a las dependencias que correspondan de la parte demandada para que, en el plazo de ley, remitan todas las actuaciones administrativas que se hubieran originado como consecuencia de la denuncia que habría efectuado el actor con motivo de los hechos debatidos en autos" (fs. 161 vta. — el destacado ha sido añadido).

Aquella primera decisión del magistrado, cuya notificación ocurrió en la misma audiencia referida, en virtud de lo dispuesto en el art. 289.2 del código de rito, no fue objeto de observaciones o cuestionamientos por las partes. A su turno, a fs. 225/230, el GCBA contestó el requerimiento formulado y acompañó un informe del que surge que "con los datos consignados no se pudo localizar actuación alguna" (fs. 229), a lo que el juez proveyó, con fecha 4/3/2004, "Por recibido. Agréguese, téngase presente y hágase saber" (fs. 231).

En virtud de lo expuesto, más allá del acierto o error de lo decidido en punto a la negativa a sustanciar la prueba instrumental en los términos del art. 316, CCAyT, ha precluido la oportunidad para expedirse sobre el tema. Sin embargo, si bien no es posible ya hacer jugar en contra del GCBA la presunción contemplada en el art. 316 del CCAyT, a pesar de que no se ha acompañado una documentación sobre cuya existencia, en principio, no cabría dudar (v. en este sentido prueba documental ofrecida por la actora identificada con la letra "g", consistente en una fotocopia de una nota dirigida al titular del Centro de Gestión y Participación Nº 12, así como la identificada con la letra "f", consistente en el original de la boleta de ABL, Contribución Territorial, Pavimentos y Aceras correspondiente al inmueble de los actores, cuota nº 2001/04), lo cierto es que el descuento en las boletas de contribución territorial, el crédito de cinco mil pesos ($5.000) y las cuatro latas de pintura mencionadas por el actor, aún de tenerse su otorgamiento por efectivamente probado, no permiten acreditar, en modo alguno, las concretas irregularidades atribuidas al GCBA que se denuncian en este expediente como justificativo del deber de resarcir, esto es, en síntesis: *a)* una omisión antijurídica en la tarea de limpieza de sumideros o desagües en la zona de influencia de la vivienda de la calle Combatientes de Malvinas n° 3650, y *b)* una omisión antijurídica en la ejecución de obras hídricas y/o de planificación urbana en esa misma zona que, por sus características, fueran susceptibles de prevenir una inundación de la magnitud que tuvo la ocurrida el día 24 de enero de 2001.

Desde esta óptica, también cabe resaltar que la aludida reclamación efectuada en sede administrativa, cuyos fundamentos concretos no es posible conocer, habría tenido un *resultado positivo* para la accionante, según lo afirmado por esa misma parte. Así, los escenarios posibles en este caso serían: *a)* que en sede judicial se reclame por lo mismo que antes se reclamó en sede administrativa y que el GCBA ya otorgó; *b)* que en sede judicial se reclame por lo mismo que antes se reclamó en sede administrativa, pero se discuta el alcance del resarcimiento, y *c)* que en sede judicial se reclame por algo distinto a lo que antes se reclamó en sede administrativa.

En el primer supuesto la pretensión sería desde su inicio inviable, por lo cual no cabe consideración alguna; mientras que, tanto en el segundo como en el tercero de los supuestos, para avanzar en la acreditación de la necesaria relación causal entre los daños sufridos cuya reparación se persigue y la conducta estatal reprochada a partir del contenido de aquellas actuaciones, habría que conocer indefectiblemente el objeto y el fundamento del reclamo previo efectuado en sede administrativa, así como la respuesta concreta brindada allí por el Gobierno. Sólo ello, eventualmente, permitiría comparar lo peticionado en sede administrativa con lo requerido luego en sede judicial, para entonces determinar si antes del inicio de este juicio el GCBA, de alguna manera, había reconocido su responsabilidad por las ilicitudes denunciadas, lo que hubiera permitido acreditar un antecedente a la hora de valorar la relación existente entre ambas partes. Empero, tener por comprobados tales extremos resulta imposible, en virtud de la ausencia de elementos de prueba que caracteriza a este proceso. Reitero, lo único que podría en este caso presumirse

es, llegado el caso, que el GCBA le concedió a la accionante, a raíz de los daños sufridos en su propiedad el día 24 de enero de 2001 a causa de las inundaciones de esa fecha, un descuento en la contribución territorial en virtud de lo establecido en el DNU 1/01, un crédito de $ 5.000 y cuatro latas de pintura. Pero de allí no puede inferirse razonablemente y con seriedad un reconocimiento de la responsabilidad del Gobierno por las *omisiones ilegítimas* que se le atribuyen en este juicio.

7.3. Por todo ello, al no haber demostrado la actora la relación de causalidad entre el daño cuya reparación se persigue y las pretendidas omisiones que adjudica al GCBA, entiendo que no resulta necesario evaluar el argumento y la prueba aportados por la demandada para intentar quedar eximida de toda responsabilidad en el caso por la invocación de un caso fortuito o razones de fuerza mayor.

8. Para concluir, estimo oportuno recordar que, en un juicio de estas características, por regla, a la víctima le incumbe la carga de la prueba del hecho y que éste ocurrió como lo invoca, pues el daño tiene que ser consecuencia real y efectiva del hecho y no solamente posible.

Es que, tal como lo afirma Brebbia, "(s)e está aquí ante la aplicación lisa y llana del principio de que la carga de la prueba de los hechos constitutivos del derecho invocado, incumbe a quien lo hace valer" (Brebbia, Roberto H.: *Hechos y actos jurídicos*, t. 1, Astrea, Buenos Aires, 1979, p. 141).

De lo contrario, bastaría la afirmación de la víctima, como si se presumiera la relación causal, para comprometer en el hecho a un tercero ajeno a éste. No debe entenderse que la relación causal resulta presumida en cualquier caso en que la víctima atribuya el daño al hecho o a la cosa de otro, quedando aquélla eximida de probar ese nexo. Debe haber certidumbre en cuanto a su existencia, en el caso de daño actual; o suficiente probabilidad de que éste llegue a producirse como previsible prolongación o agravación de un perjuicio en alguna medida ya existente (de acuerdo al curso natural y ordinario de los acontecimientos, conf. art. 901, CC). Se trata tan sólo de una relación material que responde a las leyes físicas y que trata de saber si un daño es consecuencia de un hecho anterior. Al nexo causal se lo ha definido como "el enlace material entre un hecho antecedente y un resultado (daño), conocido en doctrina como imputabilidad o atribuibilidad objetiva, *imputatio facti* o vínculo material" (Goldenberg, Isidoro H.: *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 1984, p. 2). En este sentido, ha sostenido Jorge Bustamante Alsina que "(e)l daño cuya reparación se pretende debe estar en relación causal adecuada con el hecho de la persona o de la cosa a los cuales se atribuye su producción.// Es necesaria la existencia de ese nexo de causalidad, pues de otro modo se estaría atribuyendo a una persona el daño causado por otro o por la cosa de otro. Por ello la relación de causalidad es un elemento del acto ilícito y del incumplimiento contractual que vincula el daño directamente con el hecho, e indirectamente con el elemento de imputación subjetiva o de atribución objetiva. Es el factor aglutinante que hace que el daño y la culpa, o en su caso el riesgo, se integren en la unidad del acto que es fuente de la obligación

de indemnizar.// Es un elemento objetivo porque alude a un vínculo externo entre el daño y el hecho de la persona o de la cosa" (Bustamente Alsina, Jorge: *Teoría general de la responsabilidad civil*, 9ª ed. ampl.y actualiz., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 267, nº 580).

Cabe señalar también, a todo evento, que incluso la atribución de un factor objetivo de responsabilidad —cualquiera sea su fundamento legal— no implica omitir la consideración sobre la existencia del daño y su relación causal con la conducta que se reputa generadora de éste, porque la responsabilidad que determina el deber de indemnizar exige previamente demostrar la concurrencia de los presupuestos indicados. No basta entonces haber sufrido un daño para que ello sea suficiente título de la respectiva indemnización, pues es necesario establecer el nexo de causalidad entre ese efecto dañoso y el hecho que suscita la responsabilidad en cuestión, en cuanto este hecho sea el factor por cuyo influjo ocurrió aquel daño. Y como lo tiene resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "la prueba constituye la actividad procesal encargada de producir el convencimiento o certeza sobre los hechos controvertidos y supone un imperativo del propio interés del litigante quien, a su vez, corre el riesgo de obtener una decisión desfavorable en el caso de adoptar una actitud omisiva" (*Fallos*, 318:2555).

En virtud de lo expuesto, voto por hacer lugar a los recursos de queja e inconstitucionalidad articulados por el GCBA, dejar sin efecto la sentencia de la Cámara obrante a fs. 487/500 de los autos principales y rechazar la demanda incoada.

Costas de todas las instancias a la vencida (art. 62, CCAyT).

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:*

Adhiero a los argumentos del voto de mi colega José O. Casás concordantes con los que expuse al votar en asuntos análogos y, en honor a la brevedad, me remito a ellos, en tanto resultan suficientes para admitir los recursos del GCBA, así como para revocar la sentencia impugnada que, al no tener respaldo en las constancias probatorias obrantes en la causa, debe ser descalificada como decisión jurisdiccional válida (véase mis votos en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Sada Manzini, María Inés c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto responsabilidad médica)`", expte. nº 6022/08, sentencia del 18/2/2009 y "Speroni, Santiago c/GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Speroni, Santiago c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)'", expte. nº 5983/08, sentencia del 26/3/2009).

También coincido con el señor juez de trámite en cuanto propicia el rechazo de la demanda (art. 31 de la ley 402) pues, frente a las limitaciones probatorias

destacadas en el pronunciamiento de primera instancia (véanse puntos 5, primer párrafo, y 6, quinto párrafo, del voto del juez Casás), la solución contraria, resultaría arbitraria.

Por ello, habiendo dictaminado el señor fiscal general adjunto, voto por admitir la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia impugnada y rechazar la demanda de fs. 72/91. Costas de todas las instancias a la vencida (art. 62 del CCAyT).

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja del GCBA es admisible. Fue interpuesto en legal tiempo y forma, y dirige una crítica puntual y concreta contra la resolución denegatoria del recurso de inconstitucionalidad.

2. Sin embargo, el análisis del recurso de inconstitucionalidad define su improcedencia.

Los esfuerzos argumentativos, la profusión de citas y la retórica que ensaya el GCBA no logran presentar un caso constitucional.

En estricto sentido el eje del recurso consiste en proponer al Tribunal la revisión de hechos y/o conceptos propios de la competencia de los jueces de mérito y, consecuentemente, ajenas a la vía extraordinaria que intenta. Así, alude, por ejemplo, a la noción de "caso fortuito o fuerza mayor"; a los alcances de la expresión "falta de servicio"; a los informes del Servicio Metereológico; a la "intensidad de una tormenta", al "tamaño del granizo", a lo que debe entenderse por "tormenta", a los pronósticos del tiempo, a los "cumulonimbos y su transporte por el viento", entre otras cuestiones.

La secuencia de agravios, en definitiva, está orientada únicamente a lograr que el Tribunal Superior de Justicia vuelva sobre la evaluación de las probanzas que fuera realizada por las instancias ordinarias, sin que ese empeño exhiba la afectación de algún principio constitucional. Es claro que el único disenso del recurrente se refiere a los criterios con que los jueces de mérito valoraron eventos climáticos, conductas, documentos, o cómo aplicaron preceptos legales vinculados con el campo obligacional.

Ahora bien, más allá del acierto o error de la sentencia impugnada, de la ya señalada discrepancia de la demandada, sucede que la ausencia de una afectación constitucional impide a esta instancia extraordinaria suplir la actividad de los otros magistrados intervinientes en la causa, transformando el recurso de inconstitucionalidad en una revisión de cuestiones de hecho, prueba y normas infraconstitucionales.

Por lo expuesto, voto por declarar admisible el recurso de queja y declarar improcedente el recurso de inconstitucionalidad, con costas.

Por ello, emitidos los dictámenes por la asesora tutelar y por el 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 la Cámara, obrante a fs. 487/500 de los autos principales y rechazar la demanda incoada.

3º. *Imponer* las costas de todas las instancias a la vencida (art. 62, CCAyT).

4º. *Mandar* que se registre, se notifique, se agregue la queja al expediente principal y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

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

CXXIV

"CORSO, TERESA RAFAELA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'CORSO, TERESA RAFAELA C/GCBA S/REVISIÓN CESANTÍAS O EXONERACIONES DE EMP. PÚBL.'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos. Sentencia definitiva. Control de convencionalidad.

SUMARIOS:

1. El remedio federal debe ser rechazado ya que las consideraciones que formula la recurrente en torno al requisito de sentencia definitiva no alcanzan a conmover los fundamentos del decisorio cuestionado, pues se limitan a reiterar los argumentos ensayados en presentaciones anteriores que ya fueran desestimados, y omiten rebatir concretamente las razones por las cuales este Tribunal rechazó la queja. *(Voto de los señores jueces José O. Casás, Luis F. Lozano y Ana María Conde).*

2. El recurso extraordinario federal debe ser admitido pues el caso revela que la utilización de la categoría de "sentencia definitiva" ante los hechos relatados por la recurrente, configura una situación inadmisible en el marco del control de convencionalidad, en tanto y en cuanto las consecuencias perjudiciales que se derivan para la actora son la afectación del ejercicio del derecho de acción, del derecho a ser oída con las debidas garantías y, de modo especialmente relevante, la preservación de la utilidad del proceso judicial. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. SACAyT n° 6758/09 - 27/5/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Teresa Rafaela Corso interpuso a fs. 59/74 vta. recurso extraordinario federal contra la resolución de fecha 10/3/2010 por la que este Tribunal rechazó la queja que oportunamente incoara.

2. El recurso fue contestado por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que solicitó su rechazo (fs. 78/84).

FUNDAMENTOS:

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

1. El recurso extraordinario federal planteado por Teresa Rafaela Corso debe ser denegado, en tanto no se dirige contra una sentencia definitiva ni equiparable a tal (conf. art. 14, ley 48).

Resulta oportuno recordar que en el *sub examine* este Tribunal, por mayoría, rechazó la queja articulada por la actora toda vez que la sentencia impugnada —que había denegado el recurso de inconstitucionalidad local dirigido contra el rechazo de la medida cautelar por ella requerida— no reunía la calidad de definitiva ni tampoco había quedado acreditado que se tratara de un pronunciamiento que pudiese equipararse a uno de esa condición a los fines del recurso local.

2. Así las cosas, el decisorio a cuya revisión aspira la actora, en definitiva, es aquel que dispuso el rechazo de la medida cautelar que oportunamente solicitara a la Cámara CAyT local en el recurso directo que planteó. Y es sabido que tales decisiones tampoco constituyen sentencias definitivas a los efectos del recurso extraordinario federal (*Fallos,* 258:262; 262:136; 273:339; 308:91, entre otros) ni pueden equipararse a un pronunciamiento de tales características si no media un agravio que, por su magnitud y por las circunstancias de hecho, sea de imposible o insuficiente reparación ulterior (*Fallos,* 295:646; 308:90, entre muchos otros).

3. Ciertamente, las consideraciones que formula la recurrente en torno al requisito de sentencia definitiva no alcanzan a conmover los fundamentos del decisorio de fs. 48/54, pues se limitan a reiterar los argumentos ensayados en presentaciones anteriores que ya fueran desestimados, y omiten rebatir concretamente las razones por las cuales este Tribunal rechazó la queja que su parte dedujera contra el pronunciamiento de la Cámara. Por igual razón, tampoco logra demostrar que se esté frente a una sentencia equiparable a definitiva. Esta circunstancia sella la suerte adversa del remedio intentado.

4. La arbitrariedad que le endilga la actora a la decisión recurrida y la genérica invocación de garantías constitucionales que afirma conculcadas no autorizan —tal como lo tiene dicho el Alto Tribunal federal— a prescindir de la existencia de pronunciamiento definitivo (*Fallos,* 304:749, 1717; 306:1679; 312:311; entre otros).

Por lo demás, entendemos que, por regla general, no corresponde al tribunal emisor del fallo impugnado pronunciarse respecto de la invocada arbitrariedad de su decisorio; y, por su parte, a partir de los términos del presente recurso, en el *sub lite* no corresponde hacer excepción a dicha regla.

5. Finalmente, cabe señalar que la recurrente tampoco ha dado 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).

El escrito no consigna, tampoco (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).

Las consideraciones señaladas bastan para denegar el recurso extraordinario federal deducido por la Sra. Teresa Rafaela Corso. 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).

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

El recurso extraordinario federal ha sido interpuesto en legal tiempo y forma y su admisibilidad resulta de la aplicación de los estándares provistos por los tratados internacionales. En materia recursiva, como respecto de cualquier otra actividad estatal, el escrutinio de validez se construye desde el plexo normativo convencional (conf. art. 75, inc. 22, C.N. y art. 26 Convención de Viena sobre los Tratados) que, junto con la Constitución es el vértice del orden jurídico nacional. Y así sucede con las reglas adjetivas del CPCCN y la acordada 4/07 de la CSJN, que se encuentran subordinadas al referido plexo convencional.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" *ex officio* respecto de las normas internas en relación con la Convención Americana (conf. Corte IDH, caso "Trabajadores Cesados del Congreso", cit., párr. 128; conf. caso "Almonacid Arellano", cit., párr. 124). Entonces, cuando el Estado ratifica un tratado —como el Pacto de San José— los jueces (integrantes del aparato estatal) deben ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas, que aplican a los casos con-

cretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para lo cual habrán de tener en cuenta tanto el Tratado cuanto la interpretación de la Corte IDH, como intérprete último de aquella.

En ese carácter, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que la "adecuación" de los preceptos locales "...implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: *i)* la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio; y *ii)* la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías", criterio que ya había sido fijado con anterioridad. (Conf. Corte IDH, caso "Heliodoro Portugal", cit., párr. 180; veáse también, Gialdino, Rolando E.: "Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio. Aportes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en *LL,* 2008-C, 1295). Y agrega que los jueces locales incluso, deben realizar el control de convencionalidad de oficio (conf. caso "Almonacid Arellano", entre otros).

Por tanto, es el sistema convencional el que autoriza e impone al Poder Judicial de los Estados miembros la obligación de remover prácticas y/o normas infraconstitucionales que impidan u obstaculicen el trámite de un proceso, la garantía de tutela efectiva o el derecho a recurrir.

El caso de autos revela que la utilización de la categoría de "sentencia definitiva" ante los hechos relatados por la recurrente, configura una situación inadmisible en el marco convencional referido. Y ello por las consecuencias perjudiciales que se derivan para la actora: la afectación del ejercicio del derecho de acción, del derecho a ser oída con las debidas garantías y, de modo especialmente relevante, la preservación de la utilidad del proceso judicial para no convertirlo, como enseñaba Calamandrei, "en una medicina largamente elaborada para un enfermo ya muerto".

En síntesis, los fundamentos del recurso que plantean un genuino caso convencional, los antecedentes y decisiones del proceso y el deber de resguardar la posibilidad de tutela efectiva de los derechos de la Sra. Teresa Rafaela Corso impuesto por la CADH (conf. art. 28.2, CADH) me determinan a declarar admisible el recurso extraordinario federal interpuesto. Así voto.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal planteado por Teresa Rafaela Corso, con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita como está ordenado a fs. 54, punto 2.

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

CXXV

"LISKOWICZ, LILIANA INÉS C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos. Cuestión federal.

SUMARIO:

1. El recurso extraordinario federal debe ser rechazado ya que el recurrente intenta justificar el carácter federal de la cuestión argumentando que lo decidido por el voto mayoritario de este Tribunal conculca principios y garantías constitucionales (defensa en juicio, principio de división de poderes, principio de legalidad, principio de supremacía), pero sin explicar de qué modo tales principios y garantías habrían sido vulnerados por la sentencia impugnada. *(Voto de los señores jueces Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz, José O. Casás y Ana María Conde).*

Expte. SACAyT n° 6859/09 - 27/5/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) dedujo recurso extraordinario federal (fs. 196/212 vta.) contra la resolución de fecha 10 de marzo de 2010 mediante la cual este Tribunal decidió hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad planteado por la parte actora, revocar la sentencia de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en Asuntos Contencioso-Administrativos y Tributarios y hacer lugar a la demanda incoada por Liliana Inés Liskowicz, "...en punto a que la clasificación de la actora como 'jubilable' dispuesta por la Administración en los distintos listados a los que se hace referencia en este proceso no puede ser óbice para sus eventuales traslados, ascensos y/o nombramientos en interinatos o suplencias hasta el momento de ser compelida por el Estado local empleador a iniciar sus trámites jubilatorios o decida voluntariamente hacerlo..." (fs. 183/192).

2. La Sra. Liskowicz contestó el traslado conferido del recurso extraordinario articulado por el GCBA y pidió su rechazo (fs. 215/218).

FUNDAMENTOS:

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

1. No obstante haber sido interpuesto en tiempo oportuno, el recurso extraordinario federal debe ser denegado.

2. Este Tribunal decidió, por mayoría, hacer lugar a la pretensión de la actora e invalidar aquellos actos de la autoridad local que impedían su participación en concursos para nuevos cargos o ascensos dentro de la carrera docente. En esas condiciones, el recurso extraordinario federal impetrado por el GCBA no cumple con el inc. 2º del art. 14 de la ley 48.

3. El recurrente intenta justificar, entonces, el carácter federal de la cuestión argumentando que lo decidido por el voto mayoritario de este Tribunal conculca principios y garantías constitucionales (defensa en juicio, principio de división de poderes, principio de legalidad, principio de supremacía). Sin embargo, no explica de qué modo tales principios y garantías habrían sido —a su criterio— vulnerados por la sentencia impugnada. Ello, permite concluir que no existe —en el caso— la relación directa e inmediata exigida por el art. 15 de la ley 48.

4. 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.

Tampoco la "trascendencia institucional" a que alude el GCBA (fs. 212 vta./213) —si es que con ello pretendió introducir la causal de gravedad institucional para justificar la apertura de la instancia extraordinaria—, permitiría la concesión del remedio federal intentado, porque conforme lo tiene dicho la CSJN "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).

5. Por lo demás, el recurrente no dio cumplimiento acabado con 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).

El escrito no consigna, tampoco (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 —como se vio en los párrafos precedentes— 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. Las consideraciones señaladas bastan para denegar el recurso extraordinario federal deducido por el GCBA. 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).

Los jueces JOSÉ O. CASÁS, ALICIA E. C. RUIZ y ANA MARÍA CONDE agregaron:

Sólo resta añadir que los planteos esgrimidos por la recurrente en punto a que este Tribunal se habría apartado, sin motivo valedero, de la doctrina sentada por el Alto Tribunal federal *in re* "Gemelli, Esther Noemí c/ANSeS" —*Fallos*, 328:2829—, sentencia del 28/7/2005, no guardan relación con lo resuelto en esta causa.

En efecto, en el *sub examine* la cuestión sometida a decisión de este estrado no estuvo vinculada a la determinación del régimen previsional aplicable a la actora en su carácter de docente de la Ciudad de Buenos Aires —asunto que fue objeto de consideración en el precedente antes aludido— sino que versó sobre aspectos relacionados al derecho a la carrera profesional que detenta la amparista hasta el momento en que decida jubilarse o el GCBA pueda compelerla a hacerlo —en particular, respecto de las limitaciones que se desprenden de la categorización de "jubilable" asignada a la actora en diversos listados anuales de calificaciones docentes mientras ella aún se encuentra en actividad.

Así lo votamos.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal deducido por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y oportunamente se devuelva como está ordenado a fs. 192, punto 4.

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

CXXVI

"BERNSTEIN, GUSTAVO MARTÍN S/RECURSO DE QUEJA EN: 'BERNSTEIN, GUSTAVO MARTÍN C/GCBA S/QUEJA POR APELACIÓN DENEGADA'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos.

SUMARIO:

1. El recurso de queja previsto en el art. 33 de la ley 402 es una herramienta que el ordenamiento procesal otorga a los litigantes para lograr que este Tribunal, como juez del recurso, revise el juicio de admisibilidad negativo formulado por la cámara respecto de alguno de los recursos que habilitan la intervención de este

estrado; siendo en las causas contencioso administrativas y tributarias, los únicos recursos previstos ante este Tribunal, el recurso de inconstitucionalidad y el de apelación ordinaria (art. 113 de la CCBA, art. 26 de la ley 7, y arts. 27 y 38 de la ley 402*). (Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás).*

Expte. SACAyT nº 6756/09 - 27/5/2010

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Sr. Gustavo Martín Bernstein interpuso recurso de reposición con apelación en subsidio (fs. 24/26) contra la sentencia de la señora jueza de primera instancia que había rechazado un nuevo pedido de astreintes peticionado por la parte actora y tenido por cumplido el objeto de la causa (fs. 21/22).

La señora jueza de primera instancia desestimó el recurso de reposición y declaró improcedente el recurso de apelación subsidiariamente interpuesto (fs. 30).

2. El actor presentó la correspondiente queja ante la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA (fs. 31/34), quien resolvió declarar inadmisible el recurso de queja, por extemporáneo (fs. 35/36).

3. Contra dicha resolución, el actor presentó recurso de queja directamente ante este Tribunal Superior de Justicia (fs. 1/2).

El fiscal general adjunto, en su dictamen, propició el rechazo de la queja (fs. 103/105).

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

El art. 113, inc. 4º de la CCBA, que prevé el recurso de queja ante este Tribunal ha sido reglamentado por el art. 26, inc. 5°, de la ley 7. Esta norma establece que el Tribunal Superior de Justicia conoce "...en los recursos de queja por denegación de recursos para ante el Tribunal Superior...".

En consecuencia, la queja prevista en el art. 33 de la ley 402 es una herramienta que el ordenamiento procesal otorga a los litigantes para lograr que este Tribunal, como juez del recurso, revise el juicio de admisibilidad negativo formulado por la cámara respecto de alguno de los recursos que habilitan la intervención de este estrado. En las causas contencioso administrativas y tributarias, los únicos recursos previstos ante este Tribunal son el recurso de inconstitucionalidad y el de apelación ordinaria (art. 113 de la CCBA, art. 26 de la ley 7, y arts. 27 y 38 de la ley 402).

Sin embargo, y como acertadamente señala el señor fiscal general adjunto en su dictamen, la presente queja no defiende ninguno de los recursos que habilitan la

intervención de este Tribunal —como lo serían el recurso de inconstitucionalidad y el de apelación ordinaria—, sino un recurso de queja por apelación denegada, ajeno al ámbito cognoscitivo de estos estrados.

Por tal motivo, y concordantemente con lo resuelto en casos similares (entre ellos, "Orozco, Haydée Susana s/queja por recurso de apelación denegado en: 'GCBA c/Balliani Iván Carlos s/queja por apelación denegada'", expte. n° 2517/03, resolución del 29/10/2003; y "Carnuccio, Cecilia s/otros - queja por recurso de queja denegado en: 'Carnuccio, Cecilia c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. n° 2808/04, sentencia del 3/3/2004), la queja debe ser rechazada.

Los jueces Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás dijeron:

Adherimos al voto de nuestro colega, la jueza Ana María Conde.

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 Gustavo Martín Bernstein.

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 - José O. Casás.*

CXXVII

"METROVÍAS S.A. C/ENTE REGULADOR DE SERVICIOS PÚBLICOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES S/OTROS REC. JUDICIALES C/RES. PERS. PÚBLICAS NO EST. S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Cuestión federal. Interpretación de normas infraconstitucionales.

SUMARIO:

1. El recurso extraordinario federal debe ser rechazado, habida cuenta que pretende que se revise la interpretación que se realizó de la ley 210, cuestión local claramente ajena al ámbito del presente recurso. *(Voto de los señores jueces José O. Casás, Alicia E. C. Ruiz, Luis F. Lozano y Ana María Conde).*

Expte. SACAyT n° 6748/09 - 27/5/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La empresa Metrovías S.A. interpuso recurso extraordinario federal (fs. 682/702) contra la resolución de fecha 10/3/2010 (fs. 502/520) por la que el Tribunal rechazó el recurso de inconstitucionalidad que su parte articulara.

2. El recurso fue contestado por el Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que solicitó su rechazo (fs. 705/706).

FUNDAMENTOS:

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

1. Pese a haber sido interpuesto en tiempo oportuno, el recurso extraordinario federal deducido por Metrovías no puede prosperar, por los motivos que se expondrán a continuación.

2. Para justificar la existencia de una cuestión federal la recurrente 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 de nuestra C.N...." (fs. 691). Agrega que la controversia de autos compromete "un servicio público de Carácter Nacional". Por tanto, a su criterio, "la competencia federal deriva de la propia naturaleza del conflicto" (fs. 689 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. 695), cuyo control se encuentra 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 de éste, 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 28/7/2005.

En oportunidad de entender en el recurso de inconstitucionalidad local oportunamente concedido, este 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 presente recurso. 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 de aquel contrato 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., del cual tampoco se hace cargo la recurrente. En tal contexto, el pronunciamiento impugnado depende exclusiva, o cuanto menos primordialmente, de la interpretación y aplicación de normas locales y de derecho común (*Fallos*, 324:4349)[25]. 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

[25] El encuadre de la ley 24.240, como norma dictada en ejercicio de las competencias previstas en el art. 75 inc. 12 de la C.N., se completa con el precedente de *Fallos,* 324:1740 que atribuye carácter federal a las disposiciones de esa norma "en cuanto al régimen de sanciones que establece y a las competencias que atribuye a la autoridad de aplicación nacional".

decir, de qué manera la sanción ocasionaría "un menoscabo incompatible" con los fines del mencionado servicio. 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. 692, en el que la recurrente considera un "dispendio jurisdiccional" la forma en que se ha expedido este Tribunal, por entender 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 carece de la mínima fundamentación que requiere un recurso de esta índole. En particular, se advierte que no explica cuáles serían las similitudes fácticas que justificarían adoptar la misma solución, ni tampoco con qué alcance. Además, es dable señalar que existen diferencias entre la cuestión debatida en aquel caso y la planteada en este expediente y, por su parte, el recurso deducido no contiene ningún esfuerzo argumental para intentar salvarlas. 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.

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

5. 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.

6. 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).

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. 505, punto 4.

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

CXXVIII

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'MORALES, HERNÁN PABLO S/INF. ART. 189 BIS —C.P.— (RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD)'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Cuestiones de hecho y prueba. Interpretación de normas infraconstitucionales. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. Los planteos que trae la defensa bajo la invocación de la lesión del derecho de defensa, de la garantía de debido proceso y del principio acusatorio, se limitan a mostrar su discrepancia con relación a cuestiones de hecho (alcance del convenio), derecho común (art. 50, C.P.) y disposiciones procesales (art. 231, CPP CABA), todas ajenas al remedio federal intentado. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde).*

2. La tacha de arbitrariedad efectuada por la parte recurrente hacia los fundamentos de la resolución del Tribunal debe ser descartada, ya que la simple denuncia de que la decisión del Tribunal es arbitraria no resulta suficiente a ese fin porque no incluye una explicación efectiva del vicio que invoca. *(Voto de los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde).*

Expte. SAPCyF n° 6808/09 - 27/5/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La defensa de Hernán Pablo Morales interpuso recurso extraordinario federal (fs. 113/132) contra la decisión del Tribunal del 17/3/2010 que, por mayoría, resolvió rechazar la queja agregada a fs. 59/73.

2. El fiscal general adjunto, al contestar el traslado conferido, expresó que el Tribunal debía declarar inadmisible el recurso porque la defensa no lograba demostrar la existencia de una cuestión federal. Por último, descartó la aplicación a este caso de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia invocada por el recurrente (fs. 135/137).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Pese a que invoca la lesión del derecho de defensa, de la garantía de debido proceso y del principio acusatorio, los planteos que trae la defensa bajo esos títulos se limitan a mostrar su discrepancia con relación de cuestiones de hecho (alcance del convenio), derecho común (art. 50, C.P.) y disposiciones procesales (art. 231, CPP CABA), cuestiones todas ajenas al remedio intentado. Es jurisprudencia constante de la Corte Suprema de Justicia de la Nación aquella que sostiene que es improcedente el recurso extraordinario federal cuando los reparos propuestos por el apelante sólo trasuntan meras discrepancias con relación al alcance de normas de derecho común y a la valoración de circunstancias de hecho debatidas en el proceso (*Fallos,* 266:178; 308:1118, entre muchos otros).

2. La recurrente sostiene también que la decisión del Tribunal es arbitraria en tanto, según su opinión, no ofrece fundamentación suficiente para rechazar su recurso y desvirtúa "el planteo defensista centrado en la falta de consentimiento de Morales sobre un aspecto vital de la condena, como lo es la declaración de reincidencia que se impone de modo sorpresivo en la sentencia que se tendría que haber limitado a homologar o no el acuerdo de pena estipulado por las partes" (fs. 125).

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.

3. A su vez, tampoco puede prosperar el recurso con relación a los agravios dirigidos a impugnar la constitucionalidad del art. 50 del C.P., debido a que, por mayoría, este Tribunal entendió que la cuestión no había sido interpuesta en la

oportunidad adecuada y, por ello, no se abocó a su solución. En esas condiciones, el recurso extraordinario federal debe ser denegado porque el recurrente no ha obtenido, sobre este punto, la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa en los términos del art. 14 de la ley nacional 48.

Por lo expuesto, sólo resta denegar el recurso extraordinario de fs. 113/132.

Los jueces ANA MARÍA CONDE y JOSÉ O. CASÁS dijeron:

Tal como lo propone el doctor Luis F. Lozano, el recurso extraordinario, aunque fue presentado en tiempo oportuno, debe ser denegado, en razón de los fundamentos desarrollados en los puntos 1 y 3 de su voto, a los que nos remitimos en homenaje a la brevedad.

A ello cabe agregar que el recurso presentado carece de una crítica concreta y razonada de todos y cada uno de los argumentos expuestos por la mayoría de este Tribunal para fundar la sentencia cuestionada, circunstancia que constituye otra razón suficiente para denegarlo (*Fallos*, 283:404; 302:155; 311:169, 542; entre muchos otros).

Finalmente, la tacha de arbitrariedad efectuada por la parte recurrente también debe ser descartada. La simple denuncia de que la decisión del Tribunal es arbitraria no resulta suficiente a ese fin porque no incluye una explicación efectiva del vicio que invoca. Las afirmaciones contenidas en el recurso no son suficientes para acreditarla y sólo exponen su desacuerdo con la resolución atacada. Constante jurisprudencia de la CSJN indica que 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 y las brindadas en igual sentido por el señor fiscal general adjunto en su dictamen, votamos por denegar el recurso extraordinario de fs. 113/132.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso extraordinario federal interpuesto por la señora defensora general adjunta a fs. 113 y ss., 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 n° 4/07.

2. Entiendo que la recurrente ha introducido válidamente una cuestión federal que guarda relación directa con la resolución de la causa, porque remite al derecho de defensa en juicio tutelado 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 violación del derecho defensa en juicio del Sr. Morales.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal agregado a fs. 113/132.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique a la fiscalía, a la defensa y personalmente al imputado mediante oficio ley 22.172 y, oportunamente, se cumpla con la remisión ordenada a fs. 106, punto 2.

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

CXXIX

"DOSSI, ALBERTO DANIEL S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'DOSSI, ALBERTO DANIEL C/GCBA S/DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESPONSABILIDAD MÉDICA)'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional. EMPLEO PÚBLICO: Accidente de trabajo. Resarcimiento de daños y perjuicios. Indemnización. Ley de contrato de trabajo. Interpretación de normas infraconstitucionales. ARBITRARIEDAD DE SENTENCIA: Concepto. Alcances.

SUMARIOS:

1. Es un requisito necesario del recurso de queja que ella contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. Los agravios traídos por la actora a conocimiento de este TSJBA versan sobre la interpretación de la prueba y la aplicación del derecho común infraconstitucional, y no demuestra que el fallo recurrido presente errores groseros que lo descalifiquen en cuanto acto jurisdiccional, lo que impide la apertura de la vía recursiva extraordinaria. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. Si el agravio del actor donde alega que de haber tramitado la presente causa ante el fuero civil o el fuero laboral distinta hubiera sido la suerte del reclamo, se refiere a que en otros fueros se hubieran aplicado —en su beneficio— los principios generales del derecho del trabajo, cabe destacar que los principios que rigen las relaciones de empleo público en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires están expresamente establecidos en el art. 2º de la ley local 451, que veda —en su art. 4º— la aplicación de la ley nacional 20.744, y además no indicó con claridad qué norma o principio, con entidad para incrementar el monto indemnizatorio, fue inaplicado por los jueces de la causa. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. La arbitrariedad no es una causal expresamente reconocida en la ley 402, pero la mayoría del TSJBA ha admitido su invocación y ha especificado que sólo comprende situaciones de carácter excepcional; no alcanza a la discrepancia con respecto a la interpretación de las normas infraconstitucionales aplicadas por los jueces; no es un medio para corregir sentencias equivocadas; y sólo es admisible ante decisiones que no puedan ser calificadas de sentencias fundadas. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. Los agravios dirigidos a cuestionar el monto acordado por los jueces de mérito en concepto de indemnización por los rubros incapacidad psicofísica y daño moral, sólo traducen la discrepancia del recurrente con la decisión cuestionada, pero sin mostrar que resulte insostenible la apreciación de las constancias de la causa o la interpretación de las normas de jerarquía inferior a la Constitución que estimaron aplicable. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

Expte. SACAyT n° 6877/09 - 28/5/2010

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. Alberto Daniel Dossi interpuso demanda contra el GCBA con el objeto de que se lo indemnizara por los daños y perjuicios ocasionados en ocasión de un accidente laboral. Solicitó, asimismo, la declaración de inconstitucionalidad del art. 39, inc. 1º de la ley 24.557, del coeficiente establecido por el art. 8º de la ley 24.028 y del tope máximo indemnizatorio, por considerarlos violatorios del principio de igualdad, no discriminación e indemnidad de los trabajadores. Afirmó trabajar desde el 24/2/1982 en relación de dependencia para la Dirección General de Infraestructura y Renovación del Edificios del GCBA y que, cumpliendo sus tareas habituales el día 24/4/2003 cerca del mediodía sufrió un gravísimo accidente de trabajo al caer de una altura de entre 2 y 3 metros en ocasión de encontrarse tomando medidas para la colocación de un vidrio; produciéndose la caída del actor desde una escalera en la cual se encontraba apoyado. Con motivo del infortunio, debió ser intervenido quirúrgicamente y enyesado, obteniendo el alta médica el día 6/5/2003, continuando desde ese momento con curaciones habituales y sesiones de rehabilitación y fisioterapia en el Hospital Rocca, otorgándosele el alta definitiva en diciembre de 2003. Se reincorporó a su lugar de trabajo el 27/12/2003 en el que se le asignaron tareas pasivas de acuerdo con su capacidad y evitando tareas de riesgo. Señala que como secuelas del accidente sufre disminución en la movilidad de su pierna izquierda, persistencia de dolor y tiene una cicatriz oblicua de 20 cm de longitud pigmentada y sensible al tacto en la cara interior de su rodilla. El informe médico que acompañó le otorga un 37 % de incapacidad laborativa. Contestada la demanda y producida la prueba, el juez de primera instancia hizo lugar al reclamo.

Para así decidir, declaró inconstitucional el art. 39, inc. 1º de la ley 24.557 y condenó al GCBA al pago de $ 34.500 con más sus intereses.

2. Ambas partes y la fiscalía de primera instancia apelaron la sentencia (recurso que la última de las nombradas desistió a fs 500/1 vta.). En lo que aquí interesa corresponde señalar que el actor dirigió sus agravios a cuestionar *i)* la indemnización sobre el rubro incapacidad psicofísica, *ii)* el monto de indemnización respecto del ítem incapacidad sobreviniente, *iii)* el monto otorgado en concepto de indemnización por daño moral y, *iv)* la tasa fijada para el cómputo de los intereses. El tribunal superior de la causa, por mayoría, confirmó la sentencia apelada. Contra tal decisión la parte actora interpuso recurso de inconstitucionalidad, el que fue denegado. Ello motivó que la actora interpusiera el presente recurso de queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad.

3. A fs. 97/98 vta. luce el dictamen del fiscal general adjunto quien propicia el rechazo del recurso directo por inexistencia de caso constitucional.

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja ha sido interpuesto en tiempo y forma. No dirige ninguna crítica al auto denegatorio por lo que el recurso resulta improcedente.

2. Como lo expresara al votar en "Technology Bureau S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Technology Bureau S.A. s/ejecución fiscal'", expte. nº 4426/05, resolución del 21/6/2006, entre otros antecedentes, "[e]s requisito necesario de la queja que ella contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. TSJBA *in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001)".

Por las razones expresadas, voto por no hacer lugar al recurso de queja.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. La queja fue interpuesta por el actor en legal tiempo y forma, sin embargo no puede prosperar, toda vez que los agravios expresados por el recurrente no logran conmover las razones en las que se basó la Cámara para rechazar la impugnación constitucional.

Como bien lo destaca la señora jueza del trámite, Dra. Alicia Ruiz, 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. Sin embargo, el escrito en examen no cumple esta exigencia, ya que 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.

2. Tanto en el recurso de inconstitucionalidad como en la queja, los agravios traídos por la actora a conocimiento de este TSJBA versan sobre la interpretación de la prueba y la aplicación del derecho común infraconstitucional, y no demuestra que el fallo recurrido presente errores groseros que lo descalifiquen en cuanto acto jurisdiccional, lo que impide la apertura de la presente vía recursiva extraordinaria.

2.1. El actor intentó establecer un caso constitucional sobre la base de una supuesta violación al derecho de igualdad, debido a su condición de empleado público. Alegó que "de haber tramitado la presente causa ante el fuero civil o el fuero laboral distinta (y sustancialmente distinta) hubiera sido la suerte del reclamo, a saber y sólo a modo de referencia, la cuantificación del daño y la tasa de interés a aplicar hubiesen sido más resarcitorios y acordes a la lesión" (fs. 24 vta. de la queja).

Huelga destacar que el actor no planteó de esta forma el caso constitucional en su primera oportunidad procesal, puesto que al expresar agravios contra la sentencia de primera instancia sólo se limitó a disentir con la forma en que el magistrado había fijado la indemnización, sin referirse a que haya influido en la decisión su condición de empleado público.

Asimismo, el planteo carece de la seriedad necesaria para ser considerado, ya que se limita a invocar dogmáticamente la presunta disparidad de tratamiento, pero no explica concretamente de qué manera o en qué fundamentos o decisiones se advierte tal diferencia. Si se refiere a que en otros fueros se hubieran aplicado —en su beneficio— los principios generales del derecho del trabajo, cabe destacar *i)* que los principios que rigen las relaciones de empleo público en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires están expresamente establecidos en el art. 2º de la ley local 451, que además veda —en su art. 4º— la aplicación de la ley nacional 20.744, y *ii)* que el recurrente no indicó con claridad qué norma o principio, con entidad para incrementar el monto indemnizatorio, fue inaplicado por los jueces de la causa.

2.2. Alegó también el recurrente que la sentencia de la Cámara vulneró su derecho de propiedad, puesto que a su entender "la indemnización acordada no puede atravesar tampoco exitosamente el test de constitucionalidad previsto en el art. 28 de la Constitución, al degradar el derecho a la reparación por conceder una indemnización sensiblemente reducida comparada con la que correspondería en caso de aplicarse las reglas ordinarias del derecho común" (fs. 26 de la queja). Y criticó la imposición de "la tasa del fuero apartándose de la tasa expresada en valores positivos actualmente vigente tanto en la justicia nacional en lo civil como en el fuero laboral" (fs. 26 de la queja).

La determinación del monto indemnizatorio y la tasa de interés aplicable son cuestiones propias de los jueces de la causa, y se basan en la apreciación de los hechos, la valoración de la prueba y la aplicación de normas infraconstitucionales, cuestiones ajenas —en principio— a la competencia de este TSJBA por medio de esta vía.

2.3. En cuanto a la arbitrariedad, si bien es preciso destacar que no es una causal expresamente reconocida en la ley 402, la mayoría del TSJBA 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.

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.

La Cámara motivó su pronunciamiento en las constancias de la causa, y la actora no indicó ningún elemento de la causa que revista entidad para arribar a un pronunciamiento contrario, y que no haya sido considerado o haya sido merituado erróneamente por los jueces de mérito.

En definitiva, la sentencia de la Cámara es un pronunciamiento serio, y el recurrente sólo se limita a manifestar su disconformidad con la resolución, sin lograr plantear un genuino caso constitucional.

3. En mérito a lo anteriormente expuesto, voto por rechazar la queja presentada por el Sr. Alberto Daniel Dossi.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La queja deducida a fs. 24/29 vta. no puede prosperar porque el recurrente no demuestra que los agravios articulados en el recurso de inconstitucionalidad comprometan la interpretación y aplicación de cláusulas constitucionales como lo exige el art. 113, inc. 3º reglamentado por la ley 402 o federales según la doctrina del precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "Di Mascio" (*Fallos*, 311:2478).

2. La doctrina de la arbitrariedad que invoca el apelante, conforme tienen señalado la Corte Suprema de Justicia y este Tribunal siguiéndola, no ha sido elaborada para corregir sentencias equivocadas o que se reputan tales, ni las que resulten poco detalladas, sino para anular aquellas que muestren ser el fruto del mero arbitrio, esto es, aquellas que sea imposible derivar de la aplicación del derecho a los hechos de la causa (conf. "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], t. III, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 240 y ss. entre otras; *mutatis mutandi Fallos*, 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 608, 323:2196 y mi voto *in re* "B., C. B. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'B. C. B. c/GCBA s/daños y perjuicios [excepto resp. médica]'", expte. n° 4245/05, sentencia del 26/4/2006). No muestra el recurrente que ello ocurra en el *sub examine*.

En efecto, los agravios formulados por el recurrente, dirigidos a cuestionar el monto acordado por los jueces de mérito en concepto de indemnización por los rubros incapacidad psicofísica y daño moral, sólo traducen su discrepancia con la decisión cuestionada, pero sin mostrar que resulte insostenible la apreciación de

las constancias de la causa o la interpretación de las normas de jerarquía inferior a la Constitución que estimaron aplicable.

Afirmar que la decisión es arbitraria por haber otorgado un resarcimiento exiguo y porque "no surge la fórmula utilizada o datos objetivos tomados en cuenta para fijar la indemnización, impidiendo a esta parte el control de la misma" (fs. 27/ 27 vta.), como lo hizo la parte recurrente, no supone mostrar que aquella sea insostenible, toda vez que no menciona qué datos relevantes no fueron considerados (ni, en consecuencia, cómo, a partir de éstos, el monto acordado hubiera resultado mayor), ni explica por qué los ponderados (edad del actor al momento de producirse el accidente —58 años—, las tareas que desempeñaba el actor —vidriero—, su estado civil —viudo—, la composición de su familia, el daño psíquico y físico producido y la incapacidad laboral establecido por la perito médico de oficio a consecuencia de las secuelas del siniestro, véanse fs. 5/5 vta.) no constituyen los "datos objetivos" a que se refiere el recurrente, o bien resultaban absurdos o impertinentes para arribar a la solución que ahora se cuestiona.

Respecto de la invocada arbitrariedad, con fundamento en que la decisión cuestionada no admitió la adición del porcentaje estimado en relación a la incapacidad psíquica al estimado respecto de la incapacidad física a fin de cuantificar la indemnización por daño psicofísico, basta señalar que el recurrente no rebate lo dicho por el *a quo* en cuanto a que "fue valorado el porcentaje de incapacidad psíquica y en función de ello y otros factores, como la necesidad de tratamiento, incorporado al reclamo por incapacidad sobreviniente, dado que al monto de $ 20.000 primeramente fijado en el considerando VIII.1 [respecto de la incapacidad física] decidió sumarle $ 4.000 más..." y que "...[se] expresó como monto indemnizatorio por la incapacidad sobreviniente, la suma global de ambos subtotales, es decir $ 24.000" (fs. 2 vta./3).

3. Por lo dicho en el punto precedente, los preceptos constitucionales invocados por la recurrente —arts. 14, 14 bis, 17, 18, 19, 28 y concs. C.N.— carecen de relación directa con la decisión cuestionada.

4. Finalmente, coincido con la Dra. Ana María Conde (punto 2.1 de su voto), en cuanto a que el agravio que el recurrente identifica como afectación del derecho a la igualdad, a partir del cual cuestiona la cuantificación de los daños y la tasa de interés que el *a quo* estimó aplicable, fue articulada por vez primera en el recurso de inconstitucionalidad, lo que obsta a que sea tratado en esta instancia.

Por las razones dadas, corresponde rechazar la queja interpuesta a fs. 24/29 vta.

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez Luis F. Lozano.

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 planteado por Alberto Daniel Dossi.

2º. *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 - José O. Casás.*

CXXX

"MINISTERIO PÚBLICO —ASESORA GENERAL TUTELAR DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES— C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD: Recurso de aclaratoria.

Expte. SAO nº 6153/08 - 31/5/2010

VISTO:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

La señora asesora general tutelar solicita, por vía de aclaratoria, que el Tribunal "se expida declarando la inconstitucionalidad de los artículos de la resol. 1554-MDSGC/08 y su Anexo I, que se refieren a las normas que han perdido vigencia en el marco de la presente acción, en particular, el art. 4º del anexo I de la resolución mencionada" (fs. 435/438 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. Este Tribunal, por mayoría, mediante la sentencia dictada el 12 de mayo de 2010, hizo lugar parcialmente a la acción deducida y declaró la inconstitucionalidad y pérdida de vigencia de los arts. 2º y 4º del dec. 960/08 que sustituyeron a los arts. 4º y 10 del dec. 690/06, respectivamente, por resultar inconstitucionalmente regresivos (fs. 341/430).

Con relación al art. 2º del dec. 960/08, se consideró inconstitucional que el Programa de Atención para Familias en Situación de Calle, en los términos allí estipulados, no contemple como potenciales beneficiarios "a quienes por cualquier causal se hallaren en riesgo de ser desalojados o ante la inminencia de encontrarse en situación de calle", limitándose a asistir "a familias o personas solas en situación de calle efectiva y comprobable" —cuando el dec. 690/06, con anterioridad, establecía que el mencionado programa estaba destinado también a asistir a familias o personas solas "en inminente situación de desamparo habitacional" (art. 4º).

En cuanto al art. 4º del dec. 960/08, se consideró inconstitucional que allí se estipulara que el subsidio previsto en el programa deba tener "como único destino cubrir gastos de alojamiento" y que sólo excepcionalmente pueda estar destinado a la obtención de una solución definitiva para la problemática habitacional del beneficiario —a diferencia de lo que se preveía anteriormente en el art. 10 del dec. 690/06.

2. Desde esta perspectiva, en atención a que ello fue oportunamente requerido en el proceso por la señora asesora general tutelar (fs. 65/68 vta.) y como lógica derivación de la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 2º y 4º del dec. 960/08 efectuada en la causa, corresponde hacer lugar a lo solicitado a fs. 435/438 vta. y aclarar que la decisión adoptada por el Tribunal con fecha 12/5/2010 abarca también a las disposiciones reglamentarias establecidas por el GCBA mediante la resol. 1554-MDSGC/08 que se refieran a ellos.

En particular, se advierte que existen distintas regulaciones del Anexo I de la citada resol. 1554-MDSGC/08 que se refieren a los preceptos del dec. 960/08 declarados inconstitucionales, cuya vigencia resulta incompatible con lo decidido por el Tribunal al resolver el fondo de la cuestión debatida —v. gr. primer párrafo del art. 3º donde se expresa que "(l)os fondos otorgados deberán estar destinados solamente a cubrir gastos de alojamiento" y art. 4º donde, al hacerse referencia a las familias o personas que se encuentran en riesgo de ser desalojadas o ante la inminencia de encontrarse en situación de calle, se establece que ellas "no podrán percibir el subsidio", sino que podrán iniciar "un trámite de carácter administrativo llamado 'Preaceptación' de ingreso al Programa".

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Adhiero al voto del señor juez de trámite Dr. José O. Casás.

La jueza Elizabeth A. Marum dijo:

Tal como recuerda el Dr. José O. Casás, el Tribunal que he sido convocada a integrar, en el presente caso, declaró el 12 de mayo del corriente año, por mayoría, en el marco de la acción prevista en el art. 113, inc. 2º, CCBA promovida por la señora asesora general tutelar, la inconstitucionalidad de los arts. 2º y 4º del dec. 960/08.

La actora solicita ahora un pronunciamiento aclaratorio en relación a la subsistencia en el mundo jurídico de las normas que resultaban ser reglamentarias

de aquéllas otras que, como consecuencia de la decisión, perdieran vigencia luego de que se concluyera su carácter regresivo.

Ante esta nueva petición no cabría otra aclaración que aquella que se desprende de la consideración que el señor juez de trámite efectúa en el primer párrafo del punto 2 de la presente resolución: la declaración de inconstitucionalidad, con efecto *erga omnes*, de una norma de alcance general emanada de la rama ejecutiva del gobierno implica, como lógica consecuencia, también, la pérdida de vigencia de las disposiciones reglamentarias que se refieran a ella. Ello así pues, como se advierte, estas últimas quedaron desprovistas de norma a la cual irradiar su efecto reglamentario, perdiendo así su razón de ser.

Con lo expuesto, teniendo en cuenta el resultado del presente proceso al que arribó la mayoría del Tribunal, adhiero a la propuesta de resolución que efectúa el Dr. José O. Casás.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

En la sentencia dictada con fecha 12/5/2010 sostuve que la tacha de inconstitucionalidad de los arts. 1º, 2º, 4º y 5º del dec. 960/08 "arrastra la invalidez de la resol. 1554/GCBAMDSGC/08 en cuanto reglamenta a dichas normas".

Entiendo, en consecuencia, que corresponde hacer lugar a lo solicitado por la señora asesora general tutelar. Y, en ese sentido, reitero que la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 1º, 2º, 4º y 5º del dec. 960/08, según mi voto en minoría, comprende también los artículos de la resol. regl. 1554/GCBA/MDSGC/08 y su Anexo I, referidos a las normas declaradas inconstitucionales en el marco de la presente acción declarativa de inconstitucionalidad, en particular, del art. 4º del Anexo indicado.

Así lo voto.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* a lo solicitado por la señora asesora general tutelar a fs. 435/438 vta. y aclarar el punto 1º del dispositivo de la sentencia de fs. 341/430 de la siguiente manera: "*1.* Hacer lugar en forma parcial a la acción deducida y declarar la inconstitucionalidad de los arts. 2º y 4º del dec. 960/2008 y de la resol. regl. 1554-MDSGC/08 en lo que a ellos se refiere".

2°. *Mandar* se registre, se notifique a las partes y al fiscal general.

3º. *Ordenar* la publicación en el *Boletín Oficial* de la Ciudad del punto 1º de la parte dispositiva de esta resolución, dentro de los tres días posteriores a su recepción, con la constancia de que su texto completo se encuentra a disposición de cualquier persona en la sede del Tribunal Superior de Justicia.

La Dra. Ana María Conde no suscribe la resolución por estar de licencia.

Fdo.: *Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás - Elizabeth A. Marum.*