

CONSTITUCIÓN Y JUSTICIA

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



2005/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. VII. 2005/A)

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-987-46946-1-4 (Obra completa)

ISBN 978-987-46946-7-6

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

CDD 342

Compilación anónima

ISBN 978-987-46946-7-6



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

PRESIDENTE

Dr. Maier, Julio B. J.

VICEPRESIDENTE

Dr. Casás, José O.

JUECES

Dra. Conde, Ana María

Dr. Lozano, Luis F.

Dra. Ruiz, Alicia E. C.

SECRETARIO JUDICIAL EN ASUNTOS ORIGINARIOS

Dr. Saavedra, Heriberto

SECRETARIO JUDICIAL EN ASUNTOS GENERALES

Dr. Perrone, José M.

SECRETARIO JUDICIAL
EN ASUNTOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS Y TRIBUTARIOS

Dr. Said, José L.

SECRETARIA JUDICIAL
EN ASUNTOS PENALES, CONTRAVENCIONALES Y DE FALTAS

Dra. Beloff, Mary

CONSTITUCIÓN y JUSTICIA

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

VII

2005/A

ÍNDICE

FALLOS

I	<i>“Bergenfeld, Sergio Fabián y otros s/pedido de revocatoria de mandatos y expte. n° 3767/05 ‘Rodríguez Vallejos, Gabriel s/pedido de revocatoria de mandatos’”</i>	
	Expte. n° 3764/05 - 2/2/2005	3
II	<i>“Bergenfeld, Sergio Fabián y otros s/pedido de revocatoria de mandatos y expte. n° 3767/05: ‘Rodríguez Vallejos, Gabriel s/pedido de revocatoria de mandatos’”</i>	
	Expte. n° 3764/05 - 9/2/2005	5
III	<i>“Bergenfeld, Sergio Fabián y otros s/pedido de revocatoria de mandatos y expte. n° 3767/05: ‘Rodríguez Vallejos, Gabriel s/pedido de revocatoria de mandatos’”</i>	
	Expte. n° 3764/05 - 9/2/2005	7
IV	<i>“Cabiche, Roberto s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Moreno, Gustavo Daniel c/Asesoría General Tutelar —Ministerio Público— s/otros procesos incidentales’, en: ‘Moreno, Gustavo Daniel c/Asesoría Tutelar s/impugnación de actos administrativos’”</i>	
	Expte. n° 3259/04 - 9/2/2005	26
V	<i>“GCBA c/Construccion S.A. s/ejecución fiscal s/recurso de inconstitucionalidad concedido”</i>	
	Expte. n° 3275/04 - 23/2/2005	40

XII

VI	<i>“OSCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Blumberg, Perla Nilda c/GCBA y otros s/recusación (art. 16, CCAyT)’”</i>	
	Expte. n° 3239/04 - 23/2/2005	71
VII	<i>“Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Enríquez, Rafaela s/infracción art. 68 Cód. Contrav. —nulidad— apelación’”</i>	
	Expte. n° 3358/04 - 23/2/2005	75
VIII	<i>“Ruiz, Sergio Darío y otros c/GCBA s/medida cautelar s/conflicto de competencia”</i>	
	Expte. n° 3670/04 - 23/2/2005	82
IX	<i>“Estenssoro, María Eugenia s/pedido de revocatoria de mandato”</i>	
	Expte. n° 3826/05 - 24/2/2005	85
X	<i>“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.’”</i>	
	Expte. n° 3562/04 - 25/2/2005	89
XI	<i>“Cátedra, Ricardo y otro c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”</i>	
	Expte. n° 3570/04 - 2/3/2005	98
XII	<i>“Paz, Marta y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”</i>	
	Expte. n° 3167/04 - 3/3/2005	117
XIII	<i>“Ministerio Público —Defensoría Contravencional y de Faltas N° 3— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Montero Montero, María Nela s/infrac. art. 71 —apelación’”</i>	
	Expte n° 3739/04 - 9/3/2005	143
XIV	<i>“Asociación de la Banca Especializada, Asociación Civil c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”</i>	
	Expte. n° 3136/04 - 16/3/2005	155
XV	<i>“Ingeniería Gastronómica S.A. c/Dirección General de Rentas (resol. 5277/DGR/00) s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR s/recurso de apelación ordinario concedido”</i>	
	Expte. n° 3226/04 - 17/3/2005	180

XVI	<i>“GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Corbeira, Constanza Teresa c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”</i>	
	Expte. n° 3348/04 - 30/3/2005	192
XVII	<i>“GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘GCBA c/Sr. Propietario partida 1535137 s/ejecución fiscal’”</i>	
	Expte. n° 3293/04 - 30/3/2005	204
XVIII	<i>“GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘GCBA c/Sr. Propietario partida 3065139 s/ejecución fiscal’”</i>	
	Expte. n° 3294/04 - 30/3/2005	213
XIX	<i>“Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”</i>	
	Expte n° 3103/04 - 31/3/2005	223
XX	<i>“Cobas, Manuel Osvaldo s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Cobas, Manuel Osvaldo c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)’”</i>	
	Expte. n° 3272/04 - 6/4/2005	285
XXI	<i>“Anapios, Ernesto s/queja por retardo, privación o denegación de justicia”</i>	
	Expte. n° 3856/05 - 13/4/2005	300
XXII	<i>“Pepsico Snacks Argentina S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Pepsico Snacks Argentina S.A. c/GCBA s/otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones’”</i>	
	Expte. n° 3420/04 - 13/4/2005	303
XXIII	<i>“Sosa, Hugo Alberto c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”</i>	
	Expte. n° 3543/04 - 13/4/2005	312
XXIV	<i>“Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la CABA c/GCBA s/otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apel.’”</i>	
	Expte. n° 3546/04 - 20/4/2005	321

XIV

XXV	<i>“Rojt, Julio M. y otra s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Rojt, Julio M. y otros c/Consejo Profesional de Ciencias Económicas s/amparo (art. 14, CCBA)’”</i>	
	Expte. n° 2689/03 - 4/5/2005	333
XXVI	<i>“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”</i>	
	Expte. n° 3351/04 - 4/5/2005	336
XXVII	<i>“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’”</i>	
	Expte. n° 3560/04 - 4/5/2005	346
XXVIII	<i>“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)’”</i>	
	Expte. n° 3264/04 - 4/5/2005	352
XXIX	<i>“Mello, Luis Alberto s/pedido de revocatoria de mandato”</i>	
	Expte. n° 3952/05 - 10/5/2005	357
XXX	<i>“Paz, Marta y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”</i>	
	Expte. n° 3167/04 - 11/5/2005	358
XXXI	<i>“Martínez, María del Carmen c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) y acumulados”</i>	
	Expte. n° 3948/05 - 12/5/2005	362
XXXII	<i>“Ministerio Público —Defensoría en lo Contravencional y de Faltas N° 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Ciardullo, Roberto s/art. 47, Cód. Contrav.—apelación’”</i>	
	Expte. n° 3820/05 - 18/5/2005	366
XXXIII	<i>“Lagomarsino de Fernández, Norma Rosa s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Lagomarsino de Fernández, Norma Rosa c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA)’”</i>	
	Expte. n° 3556/04 - 18/5/2005	368

	XV
XXXIV “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”	
Expte. n° 3881/05 - 18/5/2005	373
XXXV “Giesso S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Giesso S.A. c/DGR (resol. 289-SHyF/01) s/impugnación actos administrativos’”	
Expte. 3582/04 - 18/5/2005	378
XXXVI “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘GCBA c/Sr. Propietario s/ejecución fiscal’”	
Expte. n° 3374/04 - 18/5/2005	385
XXXVII “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 - 18/5/2005	393
XXXVIII “Acosta, Félix Eduardo s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Acosta, Félix Eduardo c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”	
Expte. n° 3639/04 - 18/5/2005	411
XXXIX “Ferreyra, Hernán s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Ferreyra, Hernán c/Banco Ciudad de Buenos Aires y otros s/amparo (art. 14, CCBA)’”	
Expte. n° 3669/04 - 26/5/2005	422
XL “Letal S.R.L. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Letal S.R.L. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”	
Expte. n° 3894/05 - 26/5/2005	428
XLI “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)’”	
Expte. n° 3565/04 - 26 /5/2005	432
XLII “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”	
Expte. n° 2535/03 - 26/5/2005	447
XLIII “Ministerio Público —Defensor Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 1 s/queja por recurso de inconstitucionalidad	

XVI

	<i>denegado, en ‘Oniszczyk, Carlos Alberto s/inf. ley 255 —apelación’”</i>	
	Expte. n° 3726/04 - 26/5/2005	450
XLIV	<i>“Kim, In Jung s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Kim, In Jung s/art. 74 del Cód. Contrav.’”</i>	
	Expte. n° 3790/05 - 1°/6/2005	454
XLV	<i>“Mirci, Hilda Martha c/GCBA s/expropiación inversa. Retrocesión”, y su acumulado expte. n° 3602/04, “Mirci, Hilda Martha c/GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en ‘Mirci, Hilda Martha c/GCBA s/expropiación inversa. Retrocesión’”</i>	
	Expte. n° 3668/04 - 1°/6/2005	466
XLVI	<i>“Stegemann, Oscar s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Stegemann, Oscar A. c/Bertiche, Alfredo s/medida cautelar urgente’”</i>	
	Expte. n° 3848/05 - 1°/6/2005	482
XLVII	<i>“Paiz, Mario Sergio s/art. 74, Cód. Contrav. —apelación— s/recurso de inconstitucionalidad concedido”</i>	
	Expte. n° 3887/05 - 8/6/2005	496
XLVIII	<i>“Ministerio Público —Defensora Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Brites, Teresa Liliana s/infracción art. 68, Cód. Contrav. —apelación’”</i>	
	Expte. n° 3812/05 - 8/6/2005	504
XLIX	<i>“Díaz Quintana, René s/art. 74, Cód. Contrav. —apelación— s/recurso de inconstitucionalidad concedido”</i>	
	Expte. n° 3883/05 - 8/6/2005	517
L	<i>“Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”</i>	
	Expte. n° 3103/04 - 8/6/2005	526
LI	<i>“Bonda, Raúl Alberto s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Bonda, Raúl Alberto c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”</i>	
	Expte. n° 3620/04 - 8/6/2005	547

LII	<i>“Gesto, María Cristina y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Alsaro S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/expropiación inversa’”</i>	
	Expte. n° 3769/05 - 8/6/2005	554
LIII	<i>“OSCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Federación Médica Gremial de la Capital Federal y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”</i>	
	Expte. n° 3796/05 - 8/6/2005	559
LIV	<i>“Rieznik, Pablo Héctor c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)”</i>	
	Expte. n° 3992/05 - 1°/6/2005	565
LV	<i>“Federación de Cámaras de Lavaderos de Ropa c/GCBA s/acción meramente declarativa (art. 277, CCAyT)”</i>	
	Expte. n° 3937/05 - 15/6/2005	570
LVI	<i>“Usable, Héctor y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recursos de inconstitucionalidad concedidos”</i>	
	Expte. n° 3540/04 - 22/6/2005	580
LVII	<i>“Auditoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado (CEAMSE) s/acción meramente declarativa”</i>	
	Expte. n° 3944/05 - 28/6/2005	609
LVIII	<i>“Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Fernández, Mauricio Héctor s/art. 47 del Cód. Contrav. —apelación’”</i>	
	Expte n° 3943/05 - 29/6/2005	611
LIX	<i>“Rojt, Julio M. y otra s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Rojt, Julio M. y otros c/Consejo Profesional de Ciencias Económicas s/amparo (art. 14, CCBA)’”</i>	
	Expte. n° 2689/03 - 29/6/2005	621
LX	<i>“Gelpi, Héctor Hugo s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Gelpi, Héctor Hugo c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)’”</i>	
	Expte. n° 3569/04 - 29/6/2005	623

XVIII

LXI	<i>“Galletta, Carmen c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”</i>	
	Expte. n° 3080/04 - 29/6/2005	629
LXII	<i>“GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Lococo, Marcela c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)’”</i>	
	Expte. n° 3792/05 - 29/6/2005	633
LXIII	<i>“Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Fernández, Héctor Omar s/infracción art. 47, Cód. Contrav. — apelación’”</i>	
	Expte. n° 4029/05 - 1°/7/2005	647
LXIV	<i>“Partido Unión y Libertad —Capital Federal— s/personería”</i>	
	Expte. n° 2230/03 - 4/7/2005	648
LXV	<i>“Corne, Roberto Miguel c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”</i>	
	Expte. n° 3827/05 - 5/7/2005	650
LXVI	<i>“Damiani, Ricardo Domingo y otros c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”</i>	
	Expte. n° 3544/04 - 6/7/2005	657
LXVII	<i>“Branca, Alberto José s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Branca, Alberto José c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”</i>	
	Expte. n° 3638/04 - 6/7/2005	661
LXVIII	<i>“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)’”</i>	
	Expte. n° 3735/04 - 6 /7/2005	669
LIX	<i>“Martínez y De la Fuente S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Martínez y De la Fuente S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/nulidad de acto administrativo”</i>	
	Expte. n° 3778/05 - 6/7/2005	672

LXX	<i>“Asociación Vecinos de Plaza Italia s/queja por retardo, privación o denegación de justicia, en: ‘Arzel, Miguel Ángel y otros c/GCBA s/amparo’”</i>	
	Expte. n° 4053/2005 - 7/7/2005	680
LXXI	<i>“Anapios, Ernesto s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Anapios, Ernesto c/Consejo Profesional de Ciencias Económicas s/recurso de apelación c/resoluciones disciplinarias, art. 34, y DT, 3.a), ley 466’”</i>	
	Expte. n° 3855/05 - 27/7/2005	683
LXXII	<i>“GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘GCBA c/Lowe SACIFI de Cinematografía y Televisión s/ejecución fiscal —ingresos brutos’”</i>	
	Expte. n° 3851/05 - 3/8/2005	686
LXXIII	<i>“García, Ricardo Oscar s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘García, Ricardo Oscar y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”</i>	
	Expte. n° 3884/05 - 3/8/2005	694
LXXIV	<i>“Carrazco, Raúl Alberto s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Carrazco, Raúl Alberto c/GCBA s/impugnación de actos administrativos’”</i>	
	Expte. n° 3838/05 - 3/8/2005	704
LXXV	<i>“Stegemann, Oscar s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Stegemann, Oscar A. c/Bertiche, Alfredo s/medida cautelar urgente’”</i>	
	Expte. n° 3848/05 - 3/8/2005	705
LXXVI	<i>“CELIA S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘CELIA S.A. c/Gobierno de la Ciudad s/contrato de obra pública’”</i>	
	Expte. n° 3797/05 - 3/8/2005	708
LXXVII	<i>“Lagomarsino de Fernández, Norma Rosa s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Lagomarsino de Fernández, Norma Rosa c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA)’”</i>	
	Expte. n° 3556/04 - 3/8/2005	714
LXXVIII	<i>“Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad”</i>	

XX

	<i>lidad denegado, en: ‘Soto, Pablo s/infracción art. 41, Cód. Contrav. —nulidad— apelación’”</i>	
	Expte. n° 4030/05 - 3/8/2005	718
LXXIX	<i>“Paiz, Mario Sergio s/art. 74, Cód. Contrav. —apelación— s/recurso de inconstitucionalidad concedido”</i>	
	Expte. n° 3887/05 - 3/8/2005	723
LXXX	<i>“Díaz Quintana, René s/art. 74, Cód. Contrav. —apelación— s/recurso de inconstitucionalidad concedido”</i>	
	Expte. n° 3883/05 - 3/8/2005	727
LXXXI	<i>“Alegre Pavimentos SACICAFI c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo s/recurso de queja”</i>	
	Expte. n° 893/01 - 3/8/2005	730
LXXXII	<i>“Nazar, María Cristina y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”</i>	
	Expte. n° 3628/04 - 3/8/2005	745
LXXXIII	<i>“Alberganti, Christian Adrián s/art. 68, Cód. Contrav. —apelación s/recurso de inconstitucionalidad concedido”</i>	
	Expte. n° 3910/05 - 5/8/2005	771
LXXXIV	<i>“Ministerio Público —Defensoría en lo Contravencional y de Faltas N° 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Sama, Javier Fernando s/inf. art. 56, Cód. Contrav. —apelación’”</i>	
	Expte. n° 3892 - 5/8/2005	791
LXXXV	<i>“Lach, León s/SACAyT —otros—, en: ‘GCBA c/Lach, León s/ejecución fiscal’”</i>	
	Expte. n° 3770/05 - 10/8/2005	802
LXXXVI	<i>“Cossio Choquemamani, Carmen Elizabeth y otra s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Delfino, Jorge Alberto y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”</i>	
	Expte. n° 3830/05 - 10/8/2005	809
LXXXVII	<i>“Molina, Hilda Julia s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Molina, Hilda J. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”</i>	
	Expte. n° 3840/05 - 10 /8/2005	812

LXXXVIII	<i>“Ridella, Roxana Andrea s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Ridella, Roxana Andrea c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”</i>	
	Expte. n° 3831/05 - 10/8/2005	818
LXXXIX	<i>“Martorelli, Marta Soledad s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Martorelli, Marta Soledad c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”</i>	
	Expte. n° 3829/05 - 10/8/2005	827
XC	<i>“Toledo, Julio César s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Márquez, Rodolfo Raúl c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”</i>	
	Expte. n° 3841/05 - 10/8/2005	835
XCI	<i>“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’”</i>	
	Expte. n° 3901/05 - 10/8/2005	840
XCII	<i>“Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Fernández, Héctor Omar s/infracción art. 47, Cód. Contrav. —apelación’”</i>	
	Expte. n° 4029/05 - 16/8/2005	847
XCIII	<i>“Córdoba, María Ortencia s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Avalos, Valeria c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”</i>	
	Expte. n° 3878/05 - 17/8/2005	853
XCIV	<i>“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”</i>	
	Expte. n° 3351/04 - 17/8/2005	860
XCV	<i>“GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Proconsumer Asoc. Prot. Consum. Mercado Común del Sur c/GCBA s/otros procesos incidentales’, en: ‘Proconsumer Asoc. Prot. Consum. Mercado Común del Sur c/GCBA s/amparo (art. 14 CCBA)’”</i>	
	Expte. n° 3626/04 - 17/8/2005	868

XXII

XCVI “*Ferreira, Hernán s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Ferreira, Hernán c/Banco Ciudad de Buenos Aires y otros s/amparo (art. 14, CCBA)’*”

Expte. n° 3669/04 - 24/8/2005 870

ÍNDICE TEMÁTICO*

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD

Abogado, 393
Actividad de intermediación, 155
Actividad interna de la Administración, 1033
Acuerdo interjurisdiccional, 155
Adhesión, 1320
Admisibilidad, 98, 155, 223, 373, 570, 1033, 1173, 1320
Arts. 394 y 395, CPPN, 373
Arts. 47 y 59, inc. 3º, ley 12, 373
Asesor general tutelar, 1033
Atribuciones de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires, 98, 155, 393
Autolimitación legislativa, 1320
Autonomía, 1320
Base imponible, 155
Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 393
Caso constitucional, 570
Citación en calidad de tercero, 1173
Ciudadanía, 223

Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 1173
Competencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, 1173
Confiscatoriedad, 155
Conflicto internormativo, 570
Control abstracto de constitucionalidad, 98, 155, 1033
Control concentrado y abstracto de constitucionalidad, 570
Control judicial, 223
Convenio Multilateral, 155
Deber del Estado, 223
Delegación, 1320
Derecho a ser elegido, 393
Derecho de trabajar y de enseñar, 223
Diferencias de trato, 223
Docencia, 223
Efectos *erga omnes*, 98
Empleo público, 223
Entidades financieras, 155
Escribano, 1173
Establecimientos públicos, 223

* Tomos 2005/A y 2005/B.

XXIV

Extranjeros, 223
 Federalismo de concertación, 1320
 Idoneidad, 223
 Impuesto sobre los ingresos brutos, 155
 Inadmisibilidad, 393, 447
 Instrucción interna, 1033
 Interés del consumidor, 98
 Inversión de la carga de la prueba, 223
 Invocación genérica de garantías constitucionales, 98, 570
 Legislador, 1320
 Legitimación, 1320
 Medida cautelar, 570
 Nacionalidad, 223
 Norma de alcance general, 98, 373, 570, 1033, 1173, 1320
 Poder de policía, 98
 Política fiscal, 155
 Potestad financiera de la Ciudad de Buenos Aires, 1320
 Potestad tributaria nacional y provincial, 155
 Principio de igualdad, 155, 223, 393
 Principio de no discriminación, 223
 Procurador, 393
 Razonabilidad, 155, 223, 393
 Recurso extraordinario federal, 447
 Régimen Federal de Responsabilidad Fiscal, 1320
 Registro Público de Administradores de Consorcios de Propiedad Horizontal, 98
 Regresividad, 155

Regulación de honorarios, 447
 Requisitos, 1320
 Resolución administrativa de alcance individual, 1033
 Revisión judicial amplia, 373
 Sentencia condenatoria, 373
 Tutela judicial efectiva, 373

ACCIÓN MERAMENTE DECLARATIVA

Acuerdo entre la Provincia de Buenos Aires y la Ciudad de Buenos Aires, 1464
 Admisibilidad, 1464
 Auditoría General de la Ciudad de Buenos Aires, 1464
 Competencia del Tribunal Superior de Justicia, 1464
 Competencia federal, 1464
 Control externo, 1464
 Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado (CEAMSE), 1464
 Cuestión federal, 1464
 Derecho intrafederal, 1464
 Entidad descentralizada bijurisdiccional, 1464
 Excepción de incompetencia, 1464
 Federalismo de concertación, 1464
 Interpretación y aplicación de normas locales, 1464
 Legitimación, 1464

ACTUACIÓN NOTARIAL FUERA DE JURISDICCIÓN

Archivo, 1684

Auxiliar de la justicia, 1684
 Encuadernación, 1684
 Obligaciones fiscales, 1684
 Orden judicial, 1684
 Protocolo notarial, 1684

AMPARO

Admisibilidad, 650, 1265
 Allanamiento, 1265
 Arbitrariedad de sentencia, 650
 Art. 31, C.N., 1495
 Concurso público, 650
 Consejero, 1265
 Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires, 1265
 Control judicial, 650
 Convenio sobre la Inspección del Trabajo 81 (OIT), 650
 Empleo público, 650
 Demanda, 1265
 Funcionario público, 650
 Gravedad institucional, 650
 Inconstitucionalidad, 362
 Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 362, 650
 Junta electoral, 1265
 Justicia federal con competencia electoral, 1495
 Participación del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, 362, 565
 Partido político, 1495
 Principio de congruencia, 650

Principio de división de poderes, 650
 Rechazo *in limine*, 362, 565
 Recolección de firmas, 362, 565
 Recurso de inconstitucionalidad, 650
 Reincorporación a planta permanente, 650
 Revocatoria de mandato, 362, 565
 Servicio de inspección laboral, 650
 Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, 1495
 Uso indebido de nombre, 1495

AUDITORÍA GENERAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

Competencia originaria y exclusiva, 609
 Procedimiento, 609
 Tribunal Superior de Justicia, 609

CONFLICTO DE COMPETENCIA

Amparo, 1350
 Arbitrariedad manifiesta, 1350
 Clausura de establecimiento comercial, 82
 Competencia del fuero contencioso administrativo y tributario, 82, 1395, 1485
 Competencia del fuero contravencional y de faltas, 1170
 Competencia por inhibitoria, 1350
 Consejo de la Magistratura, 1350
 Efecto devolutivo, 1350
 Ejecución fiscal, 1395, 1485
 Ejecutoriedad del acto administrativo, 82
 Juez, 1350, 1485

XXVI

Jurado de Enjuiciamiento, 1350
Justicia Municipal de Faltas, 1395
Medida cautelar, 82, 1350
Multa, 1395, 1485
Orden de allanamiento, 1170
Poder de policía, 82
Principio de economía procesal, 1170
Principio de idoneidad, 1350
Principio de seguridad jurídica, 1170
Principio de tutela judicial efectiva, 1170
Procedimiento, 1350
Recusación, 1350
Remoción, 1350
Revisión ante el Tribunal Superior de Justicia, 1350
Unidad Administrativa de Control de Faltas, 1485

CONFLICTO DE PODERES

Admisibilidad, 1052
Audiencia, 881
Habilitación de día y hora, 881
Ilícitud manifiesta, 1052
Jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, 881, 1052
Juicio político, 881, 1052
Legislatura, 1052
Letrado en causa propia, 881
Medida cautelar, 881, 1052
Peligro en la demora, 1052
Perjuicio irreparable, 1052
Principio de división de poderes, 1052

Sala acusadora, 1052
Síndica General de la Ciudad de Buenos Aires, 881, 1052
Suspensión, 881
Traslado, 881

MATERIA ELECTORAL

Art. 31, C.N., 648
Competencia, 648
Intervención, 648
Justicia federal, 648
Partido político, 648
Tribunal Superior de Justicia, 648

MEDIDA CAUTELAR

Acción declarativa de inconstitucionalidad, 1653
Admisibilidad, 1653
Autónoma, 1653
Devolución de actuaciones al juzgado de origen, 1391
Formación de incidente, 1391
Intervención del Tribunal Superior de Justicia, 1391
Privación de justicia, 1391
Tutela judicial efectiva, 1391

PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Audiencia pública de requisitoria ciudadana, 1590
Firmantes inscriptos en el padrón electoral, 1590
Insuficiencia de firmas, 1590
Verificación de firmas por muestreo, 1590

RECURSO DE APELACIÓN

Actividad de intermediación
financiera, 336

Admisibilidad, 1292, 1792, 1799

Agencia de viajes, 1292

Alícuota agravada, 336

Anticipos, 336

Base imponible, 336, 1292

Deserción, 1697, 1725

Determinación de oficio, 336, 1292

Determinación, 180

Ética profesional, 1792

Evasión fiscal, 1292

Fabricación y venta de automóviles,
336

Falta de entrega de título de
propiedad, 1799

Fundamentación, 1697

Graves irregularidades, 1762

Impuesto sobre los Ingresos Brutos,
336, 1292

Inadmisibilidad, 336

Incautación de protocolo, libro de
requerimientos y documentación,
1762

Interpretación de la norma tributaria,
1292

Irregularidades protocolares, 1697

Llamado de atención, 1792

Multa, 180, 1292

Naturaleza penal, 1292

Ordinario, 180, 1292

Plan de ahorro previo, 336

Principio de la realidad económica, 336

Procedimiento tributario, 180

Requisitos de admisibilidad, 180

Sanción de suspensión, 1697, 1725,
1799

Sanción pecuniaria, 1292

Suspensión preventiva, 1762

Valor disputado en último término,
180, 1292

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Acceso a la información, 1123

Admisibilidad, 40, 117, 312, 730,
745, 771, 913, 1123, 1162, 1180,
1188, 1610

Amparo, 580, 730, 1180, 1188

Arbitrariedad de sentencia, 1123,
1162

Art. 43, CCBA, 1123

Atribuciones de la Legislatura de la
Ciudad de Buenos Aires, 117, 745

Autonomía provincial, 40

Cámara de Apelaciones en lo
Contravencional y de Faltas, 117

Caso constitucional, 40, 312, 496,
517, 771, 913, 1180, 1188

Chofer de taxi, 312

Contravención, 771

Contravenciones de tránsito, 496, 517

Control de constitucionalidad de
oficio, 730

Convención Americana de Derechos
Humanos, 771

Cosa juzgada sustancial, 1610

XXVIII

- Cuestión abstracta, 913, 1180, 1188
- Cuestiones de hecho y de derecho, 1188
- Cuestiones de hecho y de prueba, 40
- Decreto, 730
- Delito, 771
- Derecho a la salud, 580
- Derecho común, 40, 771
- Derecho de defensa, 1123, 1162
- Derecho de propiedad, 580
- Derecho de trabajar y ejercer industria lícita, 580
- Derecho público local, 40
- Desalojo, 913
- Designación ficta, 745
- Distribución de competencia legislativa entre la Nación y las provincias, 40
- Entidades públicas, 730
- Espectáculo deportivo, 771
- Estado local, 730
- Excepción de prescripción, 40
- Exención, 730
- Fuero contravencional y de faltas, 745
- Función pública, 1123
- Garantía de la doble instancia, 771
- Impuesto al valor agregado, 730
- Inmunidad fiscal, 730
- In dubio pro reo*, 496, 517
- Inconstitucionalidad por omisión, 580
- Interpretación analógica *in malam partem*, 496, 517
- Interpretación de normas infraconstitucionales, 40, 312
- Interpretación restrictiva, 496, 517
- Invocación genérica de garantías constitucionales, 1180, 1188
- Juez, 117, 745
- Juicio ejecutivo, 40
- Juzgados de primera instancia, 745
- Ley penal más benigna, 771
- Ley tributaria y ley civil, 40
- Materia contravencional, 771
- Matrícula profesional, 580
- Normas operativas y programáticas, 580
- Optometría, 580
- Personas con necesidades especiales, 1123
- Planes y programas habitacionales, 913
- Poder de policía, 312
- Poder delegado al Gobierno federal, 40
- Poder tributario local, 40
- Prescripción de la acción contravencional, 1610
- Prescripción, 40, 496, 517
- Prestación, 913
- Principio acusatorio, 1162
- Principio de capacidad contributiva, 730
- Principio de división de poderes, 117, 745, 1123
- Principio de irretroactividad de la ley, 1123

- Principio de legalidad, 496, 517
- Principio de lesividad, 771
- Principio de publicidad de los actos de gobierno, 1123
- Principio de reserva de ley en materia tributaria, 730
- Principio *pro homine*, 312
- Programa habitacional, 1180, 1188
- Prueba pericial ajena al juicio, 1162
- Renegociación de deuda, 730
- Robo, 312
- Salud pública, 580
- Sanción penal y administrativa, 312
- Segunda instancia judicial, 771
- Sentencia de condena, 771
- Sentencia definitiva, 496, 517
- Sentencia equiparable a definitiva, 40
- Sentencia firme de condena, 1610
- Suministro de bebidas alcohólicas, 771
- Tutela judicial efectiva, 312
- Uso indebido de tarjeta, 312
- RECURSO DE QUEJA**
- Abandono, 466
- Acceso a la jurisdicción, 950, 1199
- Acceso a la justicia, 919
- Acción meramente declarativa, 428
- Acción penal, 1156
- Acta de infracción, 840
- Acusación, 950
- Administración pública, 192
- Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones, 1426
- Admisibilidad, 26, 71, 75, 89, 143, 192, 204, 213, 285, 300, 303, 321, 385, 432, 454, 466, 482, 504, 547, 554, 559, 611, 623, 633, 647, 661, 669, 672, 680, 683, 686, 694, 708, 718, 791, 802, 809, 812, 818, 827, 835, 840, 847, 853, 888, 891, 902, 919, 943, 944, 950, 970, 981, 983, 991, 1007, 1015, 1078, 1084, 1102, 1119, 1139, 1146, 1156, 1196, 1199, 1211, 1231, 1246, 1254, 1262, 1275, 1282, 1288, 1289, 1291, 1306, 1335, 1340, 1345, 1367, 1368, 1380, 1386, 1398, 1411, 1426, 1456, 1488, 1498, 1520, 1521, 1523, 1524, 1532, 1541, 1551, 1562, 1569, 1574, 1615, 1629, 1636, 1642, 1658
- Agravio irreparable, 718
- Alcance, 661, 672
- Amparo, 428, 1015, 1139, 1642
- Analogía, 346
- Antecedentes penales, 89
- Anticipos, 378
- Aplicación de los principios del derecho penal, 1615
- Aplicación e interpretación de normas infraconstitucionales, 661, 672, 708, 944
- Aportes y contribuciones al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, 983
- Arbitrariedad de sentencia, 26, 192, 285, 321, 411, 432, 454, 466, 504, 554, 611, 623, 633, 661, 669, 672, 686, 708, 840, 891, 902, 950, 970, 983, 991, 1007, 1015, 1084, 1139,

XXX

- 1146, 1199, 1262, 1275, 1282,
1288, 1289, 1291, 1306, 1367,
1456, 1488, 1498, 1520, 1521,
1523, 1532, 1541, 1594, 1629, 1658
- Art. 43, CCBA, 991, 1007, 1306
- Art. 46, ley 1472, 1594
- Asesor general tutelar, 26
- Audiencia pública, 300
- Automóvil de alquiler con taxímetro,
1642
- Autonomía de la Ciudad de Buenos
Aires, 26, 385, 1084, 1288, 1289,
1291, 1367, 1520, 1521, 1523
- Autosuficiencia, 346, 368, 422, 547,
554, 611, 623
- Banco de la Ciudad de Buenos Aires,
919, 1532
- Base imponible, 1426
- Beneficio de litigar sin gastos, 89,
708, 950, 1615
- Caducidad, 466, 686, 919
- Caja de ahorro, 368, 422, 547
- Cámara de Diputados del Congreso de
la Nación, 482
- Capacitación, 1015
- Carrera de Profesionales de la
Secretaría de Desarrollo Social,
1211, 1231
- Caso constitucional, 26, 204, 213, 285,
300, 303, 321, 422, 466, 547, 554,
623, 661, 669, 672, 683, 686, 694,
708, 791, 812, 818, 827, 840, 853,
891, 902, 919, 944, 950, 970, 983,
991, 1007, 1015, 1078, 1084, 1102,
1139, 1146, 1199, 1246, 1254,
1275, 1282, 1288, 1289, 1291,
1306, 1335, 1340, 1345, 1367,
1368, 1380, 1386, 1426, 1456,
1498, 1520, 1521, 1523, 1532,
1551, 1594, 1615, 1629, 1642
- Cesantía, 919
- Chofer no titular con habilitación
vencida, 1642
- Circulares del Banco Central de la
República Argentina, 422, 547
- Clausura de hoteles. Incumplimiento,
1498
- Cobrador fiscal, 285
- Código Civil, 1368
- Código Contencioso Administrativo y
Tributario, 919, 1246, 1254, 1275,
1282
- Comercialización de mercaderías en el
país, 303
- Comisión, 1426
- Competencia, 680
- Cómputo, 1368
- Conceptos no remunerativos, 991,
1007, 1306, 1398
- Concurso, 192, 1015, 1211, 1231
- Condena condicional, 89, 1594
- Condonación de multa, 378
- Consejo de la Magistratura de la
Ciudad de Buenos Aires, 1084,
1288, 1289, 1291, 1367, 1520,
1521, 1523, 1636
- Contador público, 944
- Continuación del proceso, 143, 718,
847
- Contrato de mutuo bancario, 694
- Contravención, 791, 1102

- Contribución de alumbrado, barrido y limpieza, territorial y de pavimentos y aceras y ley nacional 23.541, 1368
- Control judicial, 919, 1615
- Convención Colectiva de Trabajo, 919
- Cuestión abstracta, 366, 812, 818, 827, 853
- Cuestión de hecho, 1199
- Cuestiones de hecho y de prueba, 71, 285, 303, 321, 411, 422, 466, 504, 611, 633, 661, 686, 818, 827, 840, 891, 902, 1102, 1119, 1368, 1456, 1562, 1615
- Daño concreto, 840
- Daños y perjuicios, 1380
- Debido proceso, 204, 213, 1498, 1642
- Débito automático, 547
- Declaración de oficio, 1246, 1254, 1275, 1282, 1335, 1340, 1345, 1386
- Defensa del consumidor, 321
- Defensor oficial, 1488
- Delito, 791, 1102
- Depósito, 89, 366, 428, 611, 708, 950, 1146, 1156, 1199, 1488, 1532, 1615
- Derecho al recurso, 611, 950
- Derecho común, 89, 321, 368, 466, 504, 661, 686, 1102, 1119, 1275, 1368, 1426, 1456, 1642, 1658
- Derecho de defensa, 204, 213, 285, 385, 504, 791, 840, 891, 902, 919, 950, 983, 1102, 1211, 1231, 1246, 1254, 1262, 1335, 1340, 1345, 1386, 1532, 1551
- Derecho de propiedad, 686, 694, 1211, 1231, 1498
- Derecho local, 694, 1574
- Derechos del consumidor, 840
- Desalojo, 812, 818, 827, 853
- Descuento por débito automático, 368, 422, 694
- Deserción del recurso de apelación, 1411
- Desestimación de la demanda de ejecución, 385
- Desistimiento, 704, 868
- Desproporcionalidad de la pena, 1615
- Determinación de la pena, 89
- Determinación de oficio, 1426
- Dirección General de Protección y Defensa del Consumidor, 840
- Discriminación, 482
- Docente, 432, 633, 891, 902, 983, 1007, 1306, 1398, 1551
- Doctrina de los actos propios, 694
- Duración del proceso, 1156
- Efectos liberatorios del pago, 802, 1368
- Efectos suspensivos, 943, 981, 1574, 1657
- Ejecución fiscal, 204, 213, 378, 385, 802, 981, 1368, 1411
- Ejecutoriedad, 1574
- Emergencia habitacional, 1498
- Empleo público, 192, 694, 919, 1015, 1211, 1231
- Empresa de medicina prepaga, 1658
- Enjuiciamiento de consejero, 1636

XXXII

- Error ordinario de procedimiento, 143
- Escala salarial, 1084, 1288, 1289, 1291, 1367, 1520, 1521, 1523
- Escalafón, 1084, 1211, 1231, 1288, 1289, 1291, 1367, 1520, 1521, 1523
- Escribano. Destitución, 1655
- Espectáculo deportivo, 791
- Estatuto Docente, 991, 1007, 1306
- Excepción de prescripción, 432, 633
- Exención, 428, 1156, 1199, 1411, 1488, 1615
- Exención de pago, 1146
- Expropiación inversa, 466
- Extemporaneidad, 346, 559, 1078
- Facultad del juez de mérito, 1594
- Falta administrativa, 1246, 1254, 1275, 1282, 1335, 1340, 1345, 1386
- Fisco local, 686
- Fondo de estímulo, 411
- Funcionario público, 346, 482
- Fundamentación, 346, 368, 411, 422, 547, 554, 611, 623
- Garantía contra la autoincriminación, 454
- Garantía de juez natural, 847
- Garantía de la doble instancia, 454, 611, 791, 1102, 1594
- Garantía del debido proceso, 385
- Gratuidad, 428
- Gravamen irreparable, 75, 981, 1119, 1196, 1246, 1254, 1275, 1282, 1335, 1340, 1345, 1386, 1569
- Gravedad institucional, 686, 1275, 1282
- Haberes, 432, 633, 891, 902
- Hecho imponible, 1426
- Homologación de acuerdo, 411
- Honorarios profesionales, 1446, 1448
- Imposición de astreintes a quien no es parte, 1498
- Improcedencia, 428
- Impuesto sobre los ingresos brutos, 378, 1411, 1426
- In dubio pro reo*, 950
- Inadmisibilidad, 346, 366, 368, 378, 411, 422, 802
- Incompetencia del fuero contencioso administrativo y tributario, 482
- Incorporación a planta permanente, 1211, 1231
- Indemnización por retiro voluntario, 411
- Indicación y acreditación del sujeto pasivo de la obligación tributaria, 204, 213
- Inexistencia de deuda, 802, 1368, 1411
- Inhabilidad de título, 802, 1368
- Interposición de demanda, 919
- Interposición tardía, 1524
- Interpretación de normas contravencionales, 1574
- Interpretación de normas infraconstitucionales, 321, 422, 686, 891, 902, 970, 991, 1007, 1275, 1306, 1335, 1340, 1345, 1368, 1386, 1456, 1658

- Interpretación de normas procesales, 385
- Interpretación más favorable al procesado, 647, 1574
- Interpretación y aplicación de normas de derecho local, 1615
- Intervención del Poder Judicial, 26
- Intimación, 385
- Invocación genérica de derechos y garantías constitucionales, 285, 303, 346, 368, 422, 466, 547, 554, 611, 661, 669, 672, 683, 686, 694, 708, 791, 818, 827, 891, 902, 944, 1015, 1119, 1139, 1275, 1335, 1340, 1345, 1368, 1386, 1456, 1488, 1532, 1562, 1615, 1629, 1642, 1658
- Iter* contractual, 411
- Juez natural, 454, 919, 1532
- Juicio ejecutivo, 1246, 1254, 1275, 1282, 1335, 1340, 1345, 1386
- Juicio oral y público, 611
- Jurisdicción local, 482
- Jurisdicción nacional, 204, 213, 385
- Legitimación procesal, 809, 835
- Ley 21.839, 1446, 1448
- Ley 24.588, 385
- Ley de Contrato de Trabajo, 919
- Liquidación y pago de diferencias salariales, 1211, 1231
- Materia contravencional, 791
- Medicina prepaqa, 321
- Médico, 559
- Medida cautelar, 26, 378, 482, 1541, 1569
- Ministerio Público, 1211, 1231
- Monto litigioso, 950
- Multa, 1246, 1254, 1275, 1282
- Negociación colectiva, 1211, 1231
- Norma aplicable, 694
- Normas infraconstitucionales, 285, 303, 411, 482, 547, 554, 633
- Normas programáticas y operativas, 1015
- Notificación, 204, 213, 385
- Nuevo juicio, 143, 847
- Nulidad de acto procesal, 847
- Nulidad de la resolución absolutoria, 454
- Nulidad de procedimiento administrativo, 840
- Nulidad del acta de debate, 143
- Nulidad del acuerdo de juicio abreviado, 75
- Obligación dineraria de carácter convencional, 694
- Obra social, 559, 1658
- Pago total documentado, 802
- Pago voluntario de la multa, 1642
- Pena de arresto, 504
- Perjuicio de imposible reparación ulterior, 454
- Personas con necesidades especiales, 1015
- Pesificación, 1532
- Planes y programas habitacionales, 812, 818, 827, 853
- Plazo, 204, 919, 1156, 1456
- Poder disciplinario, 346

XXXIV

- Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, 1084, 1288, 1289, 1291, 1367, 1520, 1521, 1523
- Por denegación de justicia, 888
- Por retardo, privación o denegación de justicia, 300, 680
- Portación y tenencia de armas de fuego de uso civil, 1199
- Prescripción, 919, 1246, 1254, 1275, 1282, 1368
- Prescripción de la acción, 1456
- Prescripción de la pena y de la acción contravencional, 1574
- Prestación, 812, 818, 827, 853, 1658
- Presupuesto, 1084, 1288, 1289, 1291, 1367, 1520, 1521, 1523
- Principio de autosuficiencia, 661, 669, 683, 686, 708, 919, 950, 970, 1015, 1541
- Principio de buena fe, 694
- Principio de congruencia, 285, 411, 432, 504, 633, 950, 983, 991, 1007, 1146, 1211, 1231, 1306, 1551
- Principio de culpabilidad, 89
- Principio de división de poderes, 633, 891, 902, 1398
- Principio de igualdad, 482, 919, 1211, 1231, 1658
- Principio de inocencia, 1574, 1615
- Principio de la realidad económica, 1426
- Principio de legalidad, 346, 791, 1102, 1199, 1594
- Principio de lesividad, 791, 1102
- Principio de máxima taxatividad (legalidad), 504
- Principio de *ne bis in idem*, 89, 143, 346, 454, 847, 1642
- Principio de preclusión de la instancia, 1146
- Principio de reserva de ley en materia tributaria, 1368
- Principio de sana competencia, 970
- Principio *in dubio pro operario*, 991, 1007, 1306
- Principios del derecho del trabajo, 411, 991, 1007
- Principios del derecho penal, 1246, 1254, 1275, 1282
- Privación de justicia, 482
- Proceso contravencional, 1102, 1532
- Proceso penal, 346
- Prohibición de analogía, 1102
- Prohibición de concurrencia, 791
- Pronunciamiento *extra petita*, 432, 633, 891, 902, 983, 991, 1007, 1398, 1551
- Pronunciamiento judicial válido, 1642
- Prueba de alcoholemia, 454
- Publicidad en techos de vehículos, 970
- Razonabilidad, 1156, 1574
- Recurso de inconstitucionalidad, 71, 204, 213, 285, 385, 454, 466, 504, 559, 919, 950, 983, 991, 1007, 1084, 1102, 1156, 1199, 1211, 1231, 1246, 1254, 1262, 1275, 1282, 1288, 1289, 1291, 1306, 1335, 1340, 1345, 1367, 1368, 1380, 1386, 1398, 1426, 1498, 1520, 1521, 1523, 1551, 1574, 1594, 1642

- Recurso de revisión, 1594
- Recurso extraordinario federal, 300, 802
- Recurso ordinario de apelación, 1411, 1569
- Recusación y excusación de jueces del TSN, 1655
- Recusación, 71
- Reencasillamiento, 1211, 1231
- Reformatio in peius*, 991, 1007, 1146, 1524
- Régimen de faltas, 1615
- Registro de la Propiedad Inmueble, 204, 213, 385
- Reglas procesales, 204, 213
- Regulación de honorarios, 554
- Regularización previsional, 432, 633, 891, 902, 991, 1007, 1306, 1398, 1551
- Rehabilitación de matrícula, 944
- Reincidencia, 89
- Relación interorgánica, 26
- Remuneración, 694, 1080, 1288, 1289, 1291, 1367, 1520, 1521, 1523
- Requisa policial, 1199
- Requisitos, 366, 1411
- Resolución de mero trámite, 1156
- Responsabilidad del Estado, 1380, 1456
- Responsabilidad del titular de la licencia del taxímetro, 1642
- Responsabilidad objetiva de las personas de existencia ideal por los hechos de sus dependientes, 1524
- Retribución justa, 411
- Retroactividad, 1211, 1231
- Revalúo inmobiliario, 802
- Revocación de mandato, 285
- Revocatoria, 1498
- Rubros remunerativos y no remunerativos, 411, 432, 633, 891, 902, 1551
- Salario adicional, 991, 1007, 1306, 1398, 1551
- Sanción, 840
- Sanción administrativa, 661
- Segunda instancia judicial, 791, 1102
- Seguro colectivo de invalidez y fallecimiento, 1426
- Sentencia absolutoria, 1102
- Sentencia de condena, 791, 1102
- Sentencia de condena firme, 1574
- Sentencia definitiva, 26, 71, 378, 482, 559, 686, 718, 847, 919, 1102, 1119, 1156, 1196, 1199, 1246, 1254, 1275, 1282, 1335, 1340, 1345, 1386, 1411, 1541, 1569
- Sentencia equiparable a definitiva, 143, 204, 213, 385, 454, 1368
- Situación de pobreza, 1615
- Solidaridad, 1524
- Sujeto pasivo de la obligación tributaria, 385
- Suministro de bebidas alcohólicas, 504
- Supuesto de no incidencia tributaria, 1426
- Suspensión, 647, 1156
- Tasa de justicia, 950

XXXVI

- Tasa retributiva de servicio, 950
- Test de razonabilidad, 482
- Tipicidad, 346
- Tipificación del hecho punible, 504
- Tipo de pena, 1594
- Título ejecutivo, 1246, 1254
- Tramitación de un nuevo proceso, 454
- Traslado de funciones, 482
- Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, 680, 802, 809, 835
- Tutela judicial efectiva, 919, 950
- Valor disputado en último término, 1411
- Venta en la vía pública sin autorización, 1615
- Vías procesales, 802, 835
- Vías recursivas, 680
- Vulneración de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, 204, 213
- 975, 1066, 1070, 1073, 1079, 1177, 1420, 1450, 1454, 1638
- Agravio irreparable, 705
- Amparo, 333
- Aplicación de normas de derecho local, 860
- Aplicación e interpretación de normas infraconstitucionales, 1066
- Arbitrariedad de sentencia, 333, 352, 358, 450, 629, 657, 714, 860, 870, 933, 937, 975, 1066, 1070, 1073, 1079, 1177, 1409, 1450, 1454, 1701
- Atribuciones de la Legislatura, 975
- Autonomía local, 1079
- Caducidad, 1177
- Cajas de ahorro, 714
- Caso constitucional, 629, 714, 975, 1177
- Competencia local, 657
- Competencia, 705

RECURSO DE REVOCATORIA

- Admisibilidad, 621
- Sentencias del Tribunal Superior de Justicia, 621

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL

- Acceso a otras vías judiciales, 333
- Acción declarativa de inconstitucionalidad, 526
- Acción meramente declarativa (art. 322, CPCCN), 526
- Admisibilidad, 526, 629, 657, 705, 714, 727, 802, 860, 870, 933, 937,

- Comunicaciones del Banco Central de la República Argentina, 352, 714
- Conflicto internormativo, 526
- Control de constitucionalidad abstracto, 526
- Control de constitucionalidad difuso, 526
- Cuentas corrientes bancarias y cajas de ahorro, 352
- Cuentas corrientes, 714
- Cuestión federal, 333, 352, 358, 450, 714, 723, 727, 860, 870, 933, 937, 975, 1066, 1070, 1073, 1079, 1177, 1409, 1420, 1450, 1454, 1638, 1701, 1733

Cuestión local, 526

Cuestiones de hecho y de derecho procesal, 333

Cuestiones de hecho y de prueba, 629, 657, 860, 1638, 1701, 1733

Demandas contra el Estado, 1177

Derecho al recurso, 1420

Derecho común, 352, 714, 723, 727, 860, 870, 975, 1638

Derecho de defensa, 657

Derecho de propiedad, 1733

Derecho de trabajar, 1733

Derecho local, 629, 657, 1701

Derecho público local, 1177

Fundamentación, 1701, 1733

Gravamen irreparable, 450, 723

Gravedad institucional, 358, 629, 657, 975, 1079

Inadmisibilidad, 352, 358, 450, 526, 629, 657, 705, 714, 723, 727, 802, 860, 870, 933, 937, 975, 1066, 1070, 1073, 1079, 1177, 1409, 1450, 1454, 1638, 1701, 1733

Integración, 1079

Interpretación de norma local, 450, 723, 727, 1420, 1450, 1454

Interpretación de normas procesales y actos locales, 333

Invocación genérica de garantías constitucionales, 629, 657, 860, 870, 933, 937, 1066, 1073

Jueces de Cámara en lo Contravencional y de Faltas, 358

Jurisdicción federal, 526

Jurisdicción local, 705

Materia contravencional, 723, 727

Medida cautelar, 705

Norma de carácter federal, 352, 714, 870

Normas infraconstitucionales, 933, 937

Nulidad de procedimiento disciplinario, 333

Optometría, 975

Organización del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 358

Pago por débito automático, 714

Plazo, 723, 727

Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, 1079

Prescripción de la acción contravencional, 1420

Prescripción de la acción penal, 723, 727

Principio de congruencia, 657

Principio de legalidad, 723, 727, 1638

Prohibición de analogía, 723, 727

Requisa, 1638

Revisión de sentencia condenatoria, 1420

Sanción disciplinaria, 1701, 1733

Sentencia definitiva, 333, 526, 705, 933, 1073, 1420, 1638

Suspensión del llamado de autos, 1420

REVOCATORIA DE MANDATO

Acumulación, 357

Admisibilidad, 5

XXXVIII

Art. 67 de la CCBA, 3, 5, 7
 Derecho político del electorado, 7
 Excepción, 7
 Garantía del sistema democrático, 7
 Identidad de objeto, 357
 Individualización del funcionario electivo, 5
 Intervención del jefe de Gobierno, 85
 Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 3, 5, 357
 Legitimación procesal, 7
 Ley 357, 3, 5
 Mecanismo de democracia semidirecta, 7
 Medidas preventivas, 85
 Recolección de firmas, 357
 Requisitos, 3, 5, 7
 Trámite preparatorio, 3, 5
 Vicejefe de Gobierno, 5

SANCIÓN DE DESTITUCIÓN

Abandono de función, 1788
 Actividad incompatible con la función notarial, 1713
 Acumulación de sumarios, 1713
 Antecedentes disciplinarios, 1749, 1770
 Autenticidad de los sellos, 1735
 Comprobantes de pago, 1735
 Constitución de sociedades, 1713
 Cuestión de puro derecho, 1713, 1788
 Deber de comparecer, 1671
 Deber de conservación y custodia, 1788

Deber de elección y vigilancia, 1671
 Deber de información y colaboración, 1788
 Deberes registrales, 1713
 Descripción de la conducta prohibida, 1713
 Domicilio del notario, 1713
 Encuadernación de protocolo, 1713, 1749
 Error material no invalidante, 1749
 Escribano autorizado, 1788
 Extemporaneidad, 1713
 Fe pública, 1770
 Fojas de actuación especial, 1788
 Guarda de documentación notarial, 1713
 Impuesto de sellos, 1735
 Incumplimiento de las normas del derecho de fondo, 1770
 Inscripción registral de instrumentos, 1749
 Irregularidades protocolares, 1735, 1749, 1770
 Liberación de certificados administrativos, 1749
 Libro de requerimientos, 1749
 Obligaciones fiscales, 1749
 Obligaciones y deberes fiscales, 1770
 Perjuicio a terceros, 1735, 1749, 1770
 Potestad sancionatoria del Colegio de Escribanos, 1671
 Prejudicialidad, 1671
 Principio de *ne bis in idem*, 1749

Proceso penal, 1671
Rebeldía, 1713, 1788
Régimen disciplinario, 1713
Responsabilidad disciplinaria, 1749
Responsabilidad notarial, 1735
Responsabilidad profesional, 1671
Sanción disciplinaria, 1671
Subsanación, 1735, 1749
Suspensión preventiva, 1735, 1749

SANCIÓN DE SUSPENSIÓN

Acción disciplinaria, 1808
Apertura a prueba, 1804
Cambio de situación jurídica, 1767
Comunicación, 1767
Deberes registrales, 1794
Declaración de quiebra, 1767
Estado de extrema gravedad económica, 1728
Fojas de actuación notarial extraprotocolar, 1728
Incumplimiento de obligaciones fiscales, 1794

Interlineados, 1728
Irregularidades protocolares, 1794
Notario, 1767
Perjuicio, 1728
Prescripción, 1808
Responsabilidad notarial, 1728, 1808
Sentencia penal absolutoria, 1808
Sobrer raspados sin salvar, 1728
Validez del documento, 1808

SUMARIO ADMINISTRATIVO

Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 1765, 1766, 1786, 1787
Desistimiento, 1765, 1766, 1786, 1787

TRIBUNAL DE SUPERINTENDENCIA DEL NOTARIADO

Avocación, 1785
Competencia, 1801
Denuncia, 1785,
Mandamiento de secuestro de incautación de protocolo, 1801

FALLOS

I

**“BERGENFELD, SERGIO FABIÁN Y OTROS S/PEDIDO
DE REVOCATORIA DE MANDATOS Y EXPTE. N° 3767/05
‘RODRÍGUEZ VALLEJOS, GABRIEL S/PEDIDO
DE REVOCATORIA DE MANDATOS’”**

REVOCATORIA DE MANDATO: Jefe de Gobierno.

Requisitos. Art. 67 de la CCBA. Ley 357. Trámite preparatorio

Expte. n° 3764/05 - 2/2/2005

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe, de los que

RESULTA:

Las presentaciones ratificadas personalmente por parte de los señores Sergio Fabián Bergenfeld, Alberto Delfico, Gregorio Podoroisky, Juan Carlos Iglesias y Jorge Fernández Taboada, y por parte del señor Gabriel Rodríguez Vallejos, para iniciar el trámite de revocación del mandato del señor jefe de Gobierno de la Ciudad, Aníbal Ibarra.

Salvo el último, que se presentó autónomamente ante el Tribunal, todos los demás unificaron la representación expresamente en el señor Sergio Fabián Bergenfeld.

FUNDAMENTOS:

1. Tal como se dijo en el precedente “Verazay, Irma Rosa y otro s/pedido de revocatoria de mandatos” (expte. n° 1698/02, resolución del 16/10/2002), el art. 67 de la CCBA y su ley regl. 357 condicionan la admisibilidad de la petición (“trámite preparatorio de la petición de revocatoria”, art. 5°) a varios requisitos cuyo cumplimiento debe controlar el Tribunal:

- a)* calidad de electores de la Ciudad de los presentantes de la iniciativa (corroborada por el señor Secretario del tribunal a fs. 26 del expte. n° 3764/05, “Bergenfeld, Sergio Fabián y otros s/pedido de

revocatoria de mandatos”, y a fs. 14 del expte. n° 3767/05 “Rodríguez Vallejos, Gabriel s/pedido de revocatoria de mandatos”);

- b) funcionario cuyo mandato se cuestiona (señor Aníbal Ibarra, jefe de Gobierno de la Ciudad);
- c) oportunidad en que se promueve la revocatoria (con posterioridad al año de gobierno y antes de los últimos seis meses de ejercicio del cargo), requisito cuyo cumplimiento es público y notorio, y
- d) causa en que se funda la petición (cuestión que será tratada posteriormente).

Por lo demás, con la ratificación de la mayoría de los presentantes se ha cumplido con las exigencias formales de firma, aclaración, denuncia de domicilio e indicación del número de documento de cada uno de ellos.

2. Más allá de su extensión (prescindible en todo caso) el señor Gabriel Rodríguez Vallejos atribuye al jefe de Gobierno un mal desempeño de sus funciones, prácticamente por omisión de su ejercicio, en relación al caso “República Cromañón”, sucedido el 30 de diciembre del año pasado. Con ello la petición cumple con el mínimo imprescindible para aceptar la iniciación del trámite preparatorio del procedimiento de revocatoria.

La petición del señor Sergio Fabián Bergenfeld y otros, más escueta, se refiere al mismo caso.

3. Resuelto también positivamente este punto, el tribunal decide por unanimidad abrir el trámite preparatorio del procedimiento de revocatoria de mandato del señor jefe de Gobierno, Aníbal Ibarra, por la causal genérica invocada por los presentantes: mal desempeño de sus funciones en relación al caso “República Cromañón”.

El tribunal quiere dejar constancia que, para evitar toda utilización política del procedimiento, advierte claramente que no se pronuncia aquí, de manera alguna, sobre la certeza, probabilidad o duda acerca de las imputaciones formuladas por los presentantes, esto es, sobre su existencia real, y menos aún, emite un juicio de valor acerca de la conducta imputada al señor jefe de Gobierno. En sentido estricto, la “preparación del trámite” sólo significa abrir el procedimiento y entregar los documentos que harán posible la adhesión de los electores.

Como en el expediente indicado en el punto 2 de los fundamentos, las planillas serán entregadas escalonadamente por la Secretaría Judicial en Asuntos Originarios en el número necesario para reunir hasta 10.000 adhesiones, tanto al Sr. Gabriel Rodríguez Vallejos, como al Sr. Sergio Fabián Bergenfeld. Los nombrados podrán solicitar nuevas planillas cada vez que completen y entreguen al tribunal la mitad de las recibidas.

Los presentantes deberán completar todo el procedimiento de recolección de firmas en doce meses a partir de la entrega de las primeras planillas (art. 9°, ley 357)

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Hacer* entrega en el plazo de ley y por intermedio de la Secretaría Judicial en Asuntos Originarios de las planillas en las cuáles deberán quedar consignadas las adhesiones al pedido de revocatoria de mandato del jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, señor Aníbal Ibarra, según el motivo invocado. Las planillas, en el número necesario para reunir hasta 10.000 adhesiones, serán entregadas escalonadamente tanto al Sr. Gabriel Rodríguez Vallejos, como al Sr. Sergio Fabián Bergenfeld. Los nombrados podrán solicitar nuevas planillas cada vez que completen y entreguen al tribunal la mitad de las recibidas. Los presentantes deberán completar todo el procedimiento de recolección de firmas en 12 meses a partir de la entrega de las primeras planillas (ley 357, art. 9°)

2°. *Mandar* se registre y se notifique.

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

II

“BERGENFELD, SERGIO FABIÁN Y OTROS S/PEDIDO
DE REVOCATORIA DE MANDATOS Y EXPTE. N° 3767/05:
‘RODRÍGUEZ VALLEJOS, GABRIEL S/PEDIDO
DE REVOCATORIA DE MANDATOS’”

**REVOCATORIA DE MANDATO: Admisibilidad. Jefe de Gobierno.
Vicejefe de Gobierno. Requisitos. Art. 67 de la CCBA. Ley 357.
Trámite preparatorio. Individualización del funcionario electivo**

Expte. n° 3764/05 - 9/2/2005

VISTO:

La presentación de fs. 48,

RESULTA:

En esencia, el Sr. Ernesto Jaime Lescano solicita que, en atención a lo resuelto por el tribunal respecto de “la convocatoria al *referéndum* de revocatoria de mandato del Sr. Aníbal Ibarra...”, se amplié la resolución “incluyendo en la revocatoria de mandato al Sr. Jorge Telerman”.

FUNDAMENTOS:

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

1. La forma en que el presentante plantea su requerimiento permite colegir que no se trata de un pedido autónomo de revocatoria de mandato del vicedirector de Gobierno, señor Jorge Telerman. Por lo contrario, se pretende introducir al funcionario citado en el trámite preparatorio del procedimiento de revocatoria de mandato respecto del señor Aníbal Ibarra, que tiene curso en el expediente del epígrafe. Por esa razón, el pedido será considerado en ese expediente.

2. A partir de lo expuesto, es claro que la petición no resulta procedente por cuanto significa modificar el alcance de la presentación formulada por los iniciadores del trámite preparatorio de revocatoria de mandato del expte. n° 3764 y su acumulado n° 3767, dirigidos exclusivamente contra el señor jefe de Gobierno, Aníbal Ibarra.

Es obvio que no se trata de un caso similar al de los expedientes mencionados, que fueron presentados en forma autónoma, que tenían idéntico sujeto pasivo (el jefe de gobierno) y que fundaban el pedido en razones idénticas.

En otras palabras: los presentantes en los expés. N°s. 3764 y 3767 no pidieron la revocatoria de mandato del vicedirector de Gobierno, sino del jefe de Gobierno exclusivamente. Ergo, no es posible modificar el contenido de su petición, mucho menos aun cuando la Constitución y la ley reglamentaria exigen individualización y en varios sentidos.

3. La presentación no cumple con el requisito de los arts. 67 de la CCBA y 6°, inc. b) de la ley 357, en cuanto exigen ser específico en la identificación de la causa que el solicitante imputa al funcionario electivo la revocación de cuyo mandato persigue. Esa causa debe ser, con arreglo al texto expreso del citado art. 67, atinente al desempeño del funcionario cuestionado; es decir, que el electorado sólo puede ser convocado para requerirle un pronunciamiento acerca de una conducta de ese funcionario, no, en cambio, para enjuiciar a un grupo político o un gobierno globalmente considerado.

No es lo primero lo que solicita el Sr. Ernesto Jaime Lescano cuyas razones, cualquiera que sea su mérito, apuntan a la insatisfacción que resultaría, a su juicio, de una remoción del jefe de Gobierno cuya consecuencia inmediata fuera la asunción por el vicedirector. Esto no constituye una causa relativa al desempeño de este último.

4. El requerimiento tampoco completa los requisitos formales que enuncia el inc. c), art. 6°, ley 357.

5. Por lo expuesto votamos por el rechazo de la presentación de fs. 48.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Adhiero a los puntos 3 y 4 del voto de mis colegas preopinantes. En efecto la presentación de fs. 48 no cumple con los requisitos constitucionales y legales prescriptos al efecto.

2. El escrito al que alude el párrafo precedente carece de la fundamentación requerida por el art. 67 de la CCBA, dado que sólo se limita a afirmar que se trata de un funcionario del “mismo gobierno” pero no se funda en causas atinentes al desempeño del señor vicejefe de Gobierno tal como exige la norma constitucional y el art. 6º, inc. b) de la ley 357 cuando establece que “las causas por las que se solicita la revocatoria, (...) deben expresarse inequívocamente”.

3. Por lo expuesto voto por el rechazo de la presentación en análisis. Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la petición de fs. 48 del Sr. Ernesto Jaime Lescano.

2º. *Mandar* se registre y notifique al nombrado, a cuyo efecto se habilita horas en el día de la fecha. La notificación será llevada a cabo por un funcionario del tribunal.

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

III

“BERGENFELD, SERGIO FABIÁN Y OTROS S/PEDIDO
DE REVOCATORIA DE MANDATOS Y EXPTE. N° 3767/05:
‘RODRÍGUEZ VALLEJOS, GABRIEL S/PEDIDO
DE REVOCATORIA DE MANDATOS’”

**REVOCATORIA DE MANDATO: Jefe de Gobierno. Art. 67 de la CCBA.
Requisito del veinte por ciento (20 %) de las firmas del electorado.
Excepción. Legitimación procesal. Derecho político del electorado.
Garantía del sistema democrático. Mecanismo de democracia semidirecta**

Expte. n° 3764/05 - 9/2/2005

VISTOS:

La presentación de fs. 49/50,

RESULTA:

El señor jefe de Gobierno manifiesta que, dada la existencia de pedidos de revocatoria de su mandato, “h[a] decidido someter la continuidad del mismo a la voluntad popular, a través del mecanismo previsto en el art. 67 de la CCBA” (fs. 49/50).

A ese efecto solicita que se tenga por efectuada su adhesión y por cumplidas las exigencias para dar inicio al procedimiento, sin que resulte necesario la recolección del 20 % de firmas de electores de la Ciudad por considerar, en sustancia, que ese requisito es una garantía para el funcionario y, por ende, renunciable.

FUNDAMENTOS:

Los jueces JULIO B. J. MAIER y ALICIA E. C. RUIZ dijeron:

1. El texto del art. 67 de la Constitución local, que establece el instituto de la revocatoria de mandato, no menciona la posibilidad de eliminar el requisito de que la iniciativa sea impulsada con la firma del 20 % del electorado.

La falta de autorización expresa en el texto constitucional para hacer excepción de tal condición —por demás significativa por su magnitud— se erige en fundamental y decisivo obstáculo a la petición en examen.

2. Los requisitos previstos en el art. 67 de la CCBA y en la ley 357 no están aislados entre sí, no son intercambiables ni prescindibles y conforman un proceso concatenado, en el que cada etapa es presupuesto necesario de la posterior. No se puede llegar a la destitución del funcionario en cuestión si no se reúne la cantidad de votos que así lo decida; y no se puede llegar a votar si no se ha verificado que existe al menos un 20 % del total de electores que haya impulsado la iniciativa prevista en el primer párrafo del art. 67 de la CCBA. Tal como lo expresa el artículo citado de la CCBA, se trata de un derecho político de los electores y no, como lo entiende el señor jefe de Gobierno, de un derecho subjetivo del funcionario. La opinión del señor fiscal general es coincidente cuando destaca que “el referéndum de revocatoria de mandato es una de las formas previstas para asegurar la participación de la ciudadanía en el ejercicio de sus derechos políticos” (fs. 53).

La reunión del 20 % de las firmas del electorado es un indicador objetivo de esa participación y en definitiva, del apoyo a la iniciativa, y habilita el referéndum de revocatoria de mandato.

4. No es suficiente, según la disposición constitucional, la apreciación de la opinión pública, de un sector determinado o indeterminado de

la sociedad, de los medios masivos de comunicación y/o del propio funcionario electivo respecto de que existe una cuestión —atinente al desempeño de un funcionario electivo— seria, grave o trascendente para convocar a un plebiscito. Es necesario, como fue dicho en los apartados precedentes, que esa apreciación se formalice con el impulso del 20 % de los electores, personas a las que les corresponde el derecho expresado en el art. 67 de la CCBA.

El requisito de firmas no opera entonces exclusivamente como una garantía para el funcionario. Es, fundamentalmente, una garantía del sistema democrático.

5. Por lo expuesto votamos por rechazar la presentación de fs. 49/50.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Se presenta el señor jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y manifiesta que dada la existencia de pedidos de revocatoria de su mandato, ha decidido como jefe de Gobierno someter la continuidad del mismo a la voluntad popular, a través del mecanismo previsto en el art. 67 de la CCBA. Además, solicita al tribunal que dado lo excepcional de la situación “entienda subrogado” el trámite de obtención de un número mínimo de adhesiones para la puesta en marcha del procedimiento, exigido en la disposición constitucional antes citada. Entiende que dicho requisito constituye una garantía renunciable que “tiende a proteger los derechos subjetivos del funcionario para que su actividad no esté sometida caprichosamente a eventuales maniobras de minorías contumaces”.

2. En forma liminar, corresponde aclarar que en este caso no resulta necesario recabar la ratificación al presentante —que sí se ha exigido en solicitudes similares anteriores—. Ello así, toda vez que el propio jefe de Gobierno ha adelantado de manera pública y reiterada, a través de diversos medios de comunicación, su voluntad de efectuar la mentada presentación en el día de la fecha. Asimismo, el escrito de presentación luce firmado y con sello aclaratorio original.

3. El art. 67 de la CCBA establece: “El electorado tiene derecho a requerir la revocación del mandato de los funcionarios electivos fundándose en causas atinentes a su desempeño, impulsando una iniciativa con la firma del veinte por ciento de los inscriptos en el padrón electoral de la Ciudad o de la Comuna correspondiente.// El pedido de revocatoria no es admisible para quienes no hayan cumplido un año de mandato, ni para aquéllos a los que restaren menos de seis meses para la expiración del mismo.// El Tribunal Superior debe comprobar los extremos señalados y convocar a referéndum de revocación dentro de los noventa días de pre-

sentada la petición. Es de participación obligatoria y tiene efecto vinculante si los votos favorables a la revocación superan el cincuenta por ciento de los inscriptos”.

Además, la ley 357, de conformidad con lo establecido en el art. 67 de la CCBA, establece en su art. 4º los requisitos para la procedencia de la petición de revocatoria de mandatos:

- a) que hayan transcurrido más de doce (12) meses desde la asunción del cargo de la funcionaria o funcionario y resten cumplirse más de seis (6) meses de la finalización del período para el que hubiere sido electo/a;
- b) que reúna al menos la firma del veinte por ciento (20 %) de los electores y electoras de la Ciudad o Comuna, según corresponda; y
- c) que se funde en causas atinentes al desempeño de sus funciones.

También en sentido concordante con las directivas constitucionales, en el art. 5º de la ley 357 se establece que la petición de revocatoria de mandato debe ser impulsada “por uno o más electores o electoras de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (...)”.

Asimismo, en el art. 6º de la ley 357 se dispone que los interesados en impulsar el trámite deben presentarse ante este Tribunal a los efectos de:

- a) identificar al funcionario o funcionaria cuya revocación de mandato se impulsa, el cargo que detenta y las fechas de inicio y finalización de su mandato;
- b) señalar las causas por las que se solicita la revocatoria, que deben expresarse inequívocamente; y
- c) consignar la firma, aclaración de firma, domicilio y número de documento de cada uno de los electores y electoras presentantes.

Una vez constatada la regularidad del trámite, el tribunal debe hacer entrega de las planillas a los interesados para que procedan a la recolección de firmas para alcanzar el porcentaje requerido por la Carta Magna en el primer párrafo de su art. 67 para efectuar el referéndum revocatorio.

4. La misma CCBA pone en cabeza de este Tribunal la obligación de comprobar los extremos necesarios para poder desarrollar el procedimiento de revocatoria de mandato ante las solicitudes que se presenten. En ejercicio de esa directiva constitucional, el deber del tribunal no es otro que aplicar la Constitución. Y en este caso concreto, la observancia de las prescripciones contenidas en el art. 67 de la CCBA conduce al rechazo del pedido del señor jefe de Gobierno tal cual ha sido formulado.

5. En la terminología del art. 67 de la CCBA, es “el electorado” el sujeto legitimado desde el punto de vista procesal para requerir la revocación del mandato de los funcionarios electivos.

Nadie ignora las gravísimas y dolorosas circunstancias que motivan la solicitud del señor jefe de Gobierno. Pero, como es sabido, “una correcta inteligencia de las normas constitucionales debe partir de su análisis como un conjunto armónico, en la que cada una ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de las demás” (*Fallos*, 310:2733). Así, en la teoría constitucional se habla en este mismo sentido de la interpretación sistemática que debe presidir el análisis de las normas constitucionales.

Si bien es cierto que el doctor Aníbal Ibarra es un elector más de la Ciudad, no puede ignorarse que además y, esencialmente, reviste la calidad de jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Es decir que es elector, pero, sobre todo, primer mandatario electo. Y no sólo eso, en este caso concreto, se trata de un funcionario que viene a prestar una suerte de consentimiento o aval para que se inicie un procedimiento destinado a que los vecinos decidan si revocan su propio mandato, específicamente, por mal desempeño. Que un funcionario desee impulsar el mecanismo citado para que se decida sobre la anticipada caducidad de su propio mandato por la apuntada causal resulta inconsistente. Si su intención lisa y llana fuera cesar en el cargo, la vía constitucional prevista es someter su renuncia a la consideración de la Legislatura (arts. 80, inc. 23 y 99 CCBA). El art. 67 de la Ley Fundamental local tutela los derechos políticos de los vecinos, no de los funcionarios electos. La única finalidad del referéndum que estamos tratando es la revocatoria de un mandato dado por el electorado al funcionario electo. Cuando por alguna razón vinculada al desempeño del funcionario (mandatario) los vecinos (mandantes) desean destituirlo, son ellos y sólo ellos los que cuentan con la herramienta del referéndum revocatorio —así como la Legislatura cuenta con el juicio político (art. 92, CCBA).

Si el señor jefe de Gobierno a partir de una inquietud a todas luces razonable y legítima, pretende saber si el pueblo desea que cese en el cargo anticipadamente mediante renuncia —claro está, que no en términos de encuesta—, o pretende obtener, indirectamente, una suerte de “voto de confianza” por parte de los vecinos, la propia Carta Magna local en su art. 66 podría facultarlo para convocar a una “consulta popular” (otra modalidad instrumental de la democracia semidirecta) sobre su obrar en el ámbito de sus competencias respecto del episodio conocido públicamente como “Caso República Cromañón”, comprometiéndose, para el caso de obtener una respuesta adversa —decisión a adoptar por el titular del órgano consultante—, a presentar la renuncia (hecho futuro).

Valga prevenir que la reflexión argumental antecedente no importa abrir juicio concreto por parte del suscripto en su calidad de magistrado sobre la proponibilidad del tema por conducto de consulta popular, ya que

ello sólo podrá suscitar su consideración y pronunciamiento en el caso específico de que sea impulsado dicho mecanismo, lo que obligará a profundizar sobre el concepto de “decisiones de sus respectivas competencias” contenido en el art. 66 de la CCBA.

6. Si bien en el sistema de la CCBA el resultado de la consulta popular no es vinculante para la autoridad que la cita, y el sufragio no es obligatorio (diseño implementado también a nivel nacional en el art. 40, C.N.), se trata de una herramienta que quizás podría satisfacer, como queda dicho, la pretensión del jefe de Gobierno, claro está que no asegura eficazmente la concurrencia al comicio y sus efectos y resultados son marcadamente diversos, razón por la cual, quizás, hasta ahora ha sido descartada. Adviértase que el *referéndum revocatorio* constitucionalmente sólo *se impone de superar el cincuenta por ciento de los votos computados sobre el total de los inscriptos en el padrón*, mientras que *en una consulta popular el triunfo se obtiene por simple mayoría de sufragios*.

A título ejemplificativo sirva como referencia la elección de jefe de Gobierno en segunda vuelta llevada a cabo el 14/9/2003. Allí el vencedor, Dr. Aníbal Ibarra, obtuvo 928.056 votos sobre un total de 1.831.586 emitidos, esto es, en relación a esta última cifra recibió el 50.66 % de los sufragios. *Tomando en cuenta el mismo padrón electoral*, por ser el que debería utilizarse para una *revocatoria de mandato* —art. 67, CCBA—, el mismo registra un total de 2.597.993 electores (2.588.735 nativos y 9.258 extranjeros). Así las cosas, *la misma sólo resultaría victoriosa de obtener en sentido afirmativo al cese 1.298.997 votos*, lo que representa, de mantenerse constante la concurrencia a las urnas del último comicio —que ascendió al 70,5 %, o sea 1.831.586 votos emitidos—, el 70,92 % del padrón.

7. Además, para poner en marcha el mecanismo de revocatoria de mandato, la Constitución local establece que se requiere de “la firma del veinte por ciento de los inscriptos en el padrón electoral de la Ciudad (...)”.

Aún si se admitiera que el jefe de Gobierno puede impulsar el trámite del proceso —lo que como queda visto he descartado—, la gravedad de la situación que motiva la presente solicitud no puede llevar a ignorar la letra clara de la Constitución y así dispensar al peticionante de la recolección de firmas. Y no es esta una exigencia antojadiza. Porque esa recolección de firmas constituye el único barómetro susceptible de reflejar, con la seriedad indispensable, la voluntad de un vasto sector de vecinos y brindar, en definitiva, la legitimación política al referéndum revocatorio.

La voluntad del funcionario en someterse al procedimiento de revocatoria de mandato no resulta suficiente, según el diseño constitucio-

nal, para convocar al electorado. Argumentar en favor de la dispensa de la recolección de firmas a partir de una suerte de “interpretación dinámica” de la norma constitucional recomienda, en este caso, tener presente la advertencia formulada por el ministro de la CSJN Enrique S. Petracchi, cuando consignara: “La denominada interpretación dinámica de los textos constitucionales no debe ser entendida como la posibilidad de dar cualquier contenido a aquéllos, más allá del marco que aportan las ideas básicas que los inspiran, pues de lo contrario interpretarlos equivaldría a adjudicarles todos los alcances que, a juicio del órgano encargado de tan delicada función, pudiesen parecer meramente convenientes o deseables, con lo cual quedaría seriamente lesionado el principio de la soberanía del pueblo según el cual no son los tribunales los titulares del poder constituyente” (*Fallos*, 311:2553). Ya este Tribunal tuvo oportunidad de fijar el criterio con que deben interpretarse las cláusulas constitucionales —acordada electoral 3/99, en *CyJ, Fallos TSJBA*, I-1999, pp. 977 y ss.— al recoger las afirmaciones vertidas en la Convención Constituyente Reformadora de la Provincia de Buenos Aires (1870-1873), cuando desde su banca don Bartolomé Mitre, una de las más destacadas figuras políticas de la República, previniera con justeza: “La letra escrita fija el texto sacramental de la ley, formulando una regla, una voluntad, un principio estable, para que en todo tiempo se lea tal como fue escrito y permanece inalterable y firme mientras no se escriba lo contrario; pues las leyes se leen y no se interpretan cuando no es necesaria la interpretación y, sobre todo, cuando por la vía interpretativa se pretende hacer lo contrario de lo que ella dispone”; agregando que: “una constitución es un instrumento de evidencia y que todo lo escrito en ella debe leerse tal y cual está escrito” (VARELA, Luis V.: *Debates de la Convención Constituyente de Buenos Aires: 1870-1873*, t. I, p. 380, sesión del 4/7/1871, edición oficial, Imprenta de la Tribuna, Buenos Aires, 1877, citado por LINARES QUINTANA, Segundo V.: *Reglas para la interpretación constitucional*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1987, p. 73).

Como se dijo en el punto anterior, el art. 67 de la CCBA tutela los derechos políticos del electorado, no de los funcionarios electos.

Tal cual lo ha señalado el señor fiscal general, de hacerse lugar a la petición que se formula, “también se afectarían los derechos políticos de los que no quieren la revocación del mandato del funcionario y por ello no estarían dispuestos a que se los someta a una participación obligatoria cuando no se sabe si realmente existe el sujeto político habilitado para provocarla, esto es, el veinte por ciento (20 %) de las voluntades.//Por último, con ese esquema —mediante el acuerdo previo entre un solo elector y el funcionario en cuestión— podría convertirse un procedimiento de la ciudadanía de revocación del mandato en un plebiscito sobre la gestión

de un funcionario, de carácter obligatorio y vinculante, que es justamente lo que no quiso el constituyente cuando organizó las instituciones de la ciudad como democracia participativa (conf. art. 1º, CCBA).//Es por estas razones que considero que la primera etapa del proceso de referéndum, esto es, la recolección de firmas, es un requisito constitucional previsto para el adecuado ejercicio de los derechos políticos de toda la ciudadanía, tanto de los de quienes quieren remover al funcionario por revocatoria popular, como de los de quienes no lo desean. No hay un solo titular que pueda disponer unilateralmente de esos derechos”.

8. La democracia representativa agota la participación política del ciudadano con el ejercicio del derecho de voto, generando una marcada brecha entre la elección periódica de los gobernantes y la participación regular y efectiva en la toma de decisiones públicas.

La situación descripta ha dado lugar a que se propicie un mayor activismo ciudadano, no sólo mediante la actuación de los individuos en los partidos políticos y otras organizaciones intermedias, sino complementando el sistema representativo con diversos procedimientos que permitan un mayor compromiso de los gobernados en la toma de decisiones, brindando a las medidas adoptadas un *plus* de legitimación, ausente a menudo por la excesiva delegación en los mandatarios.

Las propuestas, a su vez, fortalecen el proceso de institucionalización en el caso de democracias incipientes, o en países como el nuestro, con poco camino transitado desde la rehabilitación de las prácticas democráticas. Por su parte, el ciudadano, al sentirse actor en la toma de las decisiones, asume una actitud de acatamiento y respeto a la acción de gobierno.

Por otro lado, la consulta al cuerpo electoral se ve facilitada por el mayor grado de información y de cultura cívica que hoy reflejan los pueblos, al tiempo de que los mecanismos pueden implementarse en forma contemporánea y simultánea con la renovación periódica de las magistraturas ordinarias, evitando costos adicionales.

También, en estados plurales, como el resultante del diseño político territorial de la República Argentina (con un estado central, veintitrés provincias, una ciudad-estado con status jurídico de autonomía, y más de dos mil municipios y comunas de provincia), la recepción de tales procedimientos permite pulsar la opinión popular, incluso en temas de interés local o regional.

Valga advertir, por lo demás, que la democracia participativa no se agota en el tránsito por los cauces tradicionales de la democracia semidirecta, y que dentro de sus nuevas fronteras ya han tenido acogida en el derecho federal y en el público local de nuestra República otros ins-

titutos novedosos como el de las audiencias públicas, que brindan a la ciudadanía un ámbito adecuado para formular objeciones y propuestas a las autoridades (véase mi obra *Derechos y garantías constitucionales del contribuyente —A partir del principio de reserva de ley tributaria—*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 880 y ss.).

9. Sin desconocer el alto valor de los mecanismos de democracia semidirecta, parece oportuno poner de resalto que, en diversas oportunidades, ellos también han sido simples herramientas utilizadas para canalizar actitudes demagógicas o manipular a la opinión pública.

Desde el punto de vista histórico, un hito fundacional en la utilización de los mecanismos de participación lo constituyen los plebiscitos napoleónicos, si bien tal experiencia trajo aparejado el desprestigio del instituto. En ciertos momentos cruciales de su carrera política, Napoleón Bonaparte echó mano a tal herramienta. Ello ocurrió con motivo de su nombramiento vitalicio de Primer Cónsul o al asumir el título de Emperador, convocando al pueblo para que se expresara sobre tales cambios. En los hechos, estas votaciones públicas se llevaron a cabo bajo la coacción de los sables y bayonetas de su ejército, y el porcentaje de votos favorables resultó muy elevado. En el del 2/8/1802, habían votado 3.568.885 franceses por el sí y 8.374 lo habían hecho por el no, consagrándolo cónsul vitalicio; fenómeno que se reiteraría en el segundo plebiscito en que 3.372.329 votantes dieron su aprobación al imperio hereditario, contra 2.569 que lo rechazaron (conf. FRIEDRICH, Carl J.: *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática (en Europa y América)*, versión española de HERRERO, Vicente: *El funcionamiento del régimen constitucional* (Tercera Parte), Capítulo XXIV: “La acción popular directa”, Fondo de Cultura Económica, México, 1946, p. 519).

A su vez, medio siglo más tarde, Napoleón III, luego del golpe de Estado de 1851, reeditó la práctica de su ilustre tío convocando por plebiscito al pueblo francés a fin de que aprobara su actitud el que, celebrado el 31/12/ese mismo año, arrojó a favor del dictador un resultado de 7.439.216 votos afirmativos y 640.737 en contra (ibídem).

En nuestro país, conforme al art. 1º de la C.N. se ha dejado establecido que “la Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según lo establece la presente Constitución”; complementándose tal enunciado con el recogido en el art. 22 por el cual se señala que “el pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición”.

No obstante, como lo indica Gregorio Badeni, los constituyentes fundacionales “tenían pleno conocimiento sobre las formas semidirectas de democracia”, en tanto “muchos de ellos las habían padecido en carne propia con motivo del plebiscito consultivo de 1835 que confirmó la concesión, a Juan Manuel de Rosas, de la suma del poder público”, por decisión de la Legislatura de la provincia de Buenos Aires del 7/3/dicho año convocando a sus vecinos, desde que “en esa especie de consulta popular votaron 9.326 vecinos, de los cuales solamente 4 se pronunciaron contra el otorgamiento de tales potestades: Juan Bosch, Juan Escobar, Gervasio Espinosa y Jacinto Rodríguez Peña” (conf. BADENI, Gregorio: *Reforma constitucional e instituciones políticas*, Capítulo IV, parág. 15, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994, p. 221).

La naturaleza traumática de la experiencia referida dejó otra marca indeleble al momento de alumbrarse el Estatuto Supremo de 1853, y la misma se evidencia en la regla sentada en su art. 29, conforme a la cual: “El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria”.

También es dable suponer que la institución plebiscitaria se encontraba devaluada en el juicio de nuestros constituyentes merced a su utilización en Europa y particularmente en Francia por Napoleón I, en 1799, 1802 y 1804, y por Napoleón III en 1851 y 1852, como ya se señalara con anterioridad (véase obra de mi autoría, ya citada en este voto, p. 892).

10. Las referencias consignadas, particularmente en los puntos 8 y 9 de este voto, me reafirman en la convicción de que para preservar las virtudes de los mecanismos de democracia semidirecta —dentro de un régimen de democracia representativa, a tenor del art. 22, C.N.— ellos han sido concebidos por el constituyente local en términos de *numerus clausus*, lo que obliga a utilizarlos dentro del cauce estricto de las regulaciones constitucionales locales que disciplinan cada uno de ellos —iniciativa popular; referéndum obligatorio y vinculante destinado a la sanción, reforma o derogación de una norma de alcance general; consulta popular no vinculante, y referéndum revocatorio—, sin efectuar interpretaciones extensivas o analógicas que den nacimiento a híbridos no previstos por el constituyente; que tornen laxos los recaudos específicamente exigidos para su andamiento, o expandan la legitimación para incitarlos a quienes no la

tienen reconocida. Por lo demás, resulta evidente que el señor jefe de Gobierno no puede pretender que el tribunal trastoque un instituto que se brinda en beneficio de un sector representativo de los vecinos que reúna el 20 % de adhesiones para impulsar la remoción del cargo de los funcionarios electos fundándose en causas atinentes a su desempeño, invocando un derecho subjetivo de los gobernantes, menos aún, cuando podría, quizás, tener en sus manos otros procedimientos más expeditos y sin recaudos gravosos como la recolección de adhesiones (conjeturalmente y según cómo se proponga el interrogatorio, la consulta popular) pero que podrían generar consecuencias jurídicas y/o políticas dispares en términos de asistencia al comicio o frente a un mismo resultado electoral numérico (en un caso para resultar triunfante un pedido de remoción se demanda superar el cincuenta por ciento de los inscriptos en el padrón electoral y en el otro la suerte podría quedar echada por simple mayoría).

En virtud de las consideraciones expuestas, y lo concordantemente dictaminado por el señor fiscal general, corresponde rechazar la presente solicitud.

Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. El jefe de Gobierno, Sr. Aníbal Ibarra, ha hecho una presentación en la que manifiesta renunciar al que estima su derecho de no ver sometida la revocación de su mandato a referéndum, a menos que un veinte por ciento de los electores inscriptos en el padrón manifiesten esa voluntad. Tradicionalmente nuestro país ha reconocido a todos sus ciudadanos, tanto a nivel federal como local, el derecho a elegir y ser elegidos. De modo más reciente, el art. 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos lo formula así: “Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, *directamente* o por medio de representantes libremente elegidos...”. La Constitución de la Ciudad regula esta participación de diversas maneras. Una de ellas, la que hoy nos ocupa, es el art. 67 con arreglo al cual: “El electorado tiene derecho a requerir la revocación del mandato de los funcionarios electivos fundándose en causas atinentes a su desempeño, impulsando una iniciativa con la firma del veinte por ciento de los inscriptos en el padrón electoral de la ciudad o de la comuna correspondiente”.

2. Según se ve, ese artículo usa el término “derecho” para mentar el beneficio que brinda al electorado. La ley 357 que lo reglamenta reconoce a cualquier elector la posibilidad de iniciar el trámite de recolección de

firmas. Aunque el requisito de reunión de las firmas del veinte por ciento de los inscriptos en el padrón electoral no está referido como un derecho del funcionario cuyo cargo quedaría en riesgo en la elección, naturalmente constituye una barrera protectora frente a posibles cuestionamientos sin entidad suficiente para lograr la revocatoria pero sí para generar zozobra con el consiguiente impacto en el ejercicio de la función [Nota: “(...) los porcentajes requeridos en cada caso, son simplemente salvaguardas para que los funcionarios no vean limitados su actividad, sus dichos y sus hechos por la acción de mecanismos al servicio de intereses espurios” (conf. *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Actas, t. I, CPACF y TSJ, p. 645, intervención de la Sra. convencional constituyente Collin)].

En este sentido, viene a integrar el derecho a participar directamente en la dirección de los asuntos públicos a que me referí antes. Si el ciudadano tiene el derecho de participar en la dirección de estos asuntos, es decir, si tiene el derecho de desempeñar el cargo mientras se dan las condiciones que el orden jurídico exige válidamente para ese ejercicio, entonces constituye un derecho del elegido que su estabilidad no se vea alterada sino cuando queden reunidos todos y cada uno de los requisitos de la remoción, de fondo y de procedimiento.

Todo derecho es, en alguna medida, disponible, puesto que puede al menos ser o no ejercido. Como bien señala Savigny, aunque teniendo en mira esencialmente los patrimoniales y los derivados de relaciones de familia, el derecho aparece ante nosotros como el poder justamente perteneciente a la persona: un territorio en el cual su voluntad gobierna y lo hace con nuestro consentimiento (conf. Von Savigny, Friedrich C.: *System of Modern Roman Law*, vol. I, Hyperion Press Inc., Connecticut, 1993, p. 6) [Nota: “If we regard the position of Right as in practical life it surrounds and penetrates us all sides it appears to us as the power justly appertaining to the individual person: a territory in which his will rules and rules with our consent”, traducción al inglés por William Holloway, ob. cit.]. Conviene tenerlo presente, puesto que el art. 67 no alcanza tan sólo a los cargos máximos del Poder Ejecutivo, cuyo desempeño supone un mandato proveniente de una mayoría del electorado, sino también cargos de legislador obtenidos, conforme con los mecanismos electorales que el constituyente tuvo en mira, por minorías débiles en cuanto al número de electores que respaldan el mandato aun cuando frecuentemente enriquecedoras del examen que los legisladores dan a los asuntos cuyo tratamiento les encomienda la Constitución de la Ciudad. En estos casos, el resguardo que supone la reunión del veinte por ciento de las

firmas es altamente significativo para evitar que el procedimiento de revocación de mandatos sea empleado para acallar voces incómodas. Un segundo resguardo viene apoyado en la exigencia de causa fundada en el desempeño. Naturalmente, la mayoría puede querer que cese en el cargo aquel legislador elegido por una porción numéricamente reducida del electorado; pero, no puede hacerlo por su sola voluntad o porque no evitó un eclipse. Establecer que están reunidos los recaudos para convocar al referéndum constituye un derecho del funcionario sometido al procedimiento.

3. Ello sentado, corresponde considerar si puede por su sola voluntad remover la exigencia y posibilitar así el *referéndum*.

El art. 67 habla del derecho del electorado de requerir la remoción a condición de reunir el veinte por ciento de firmas. Ello supone que la cláusula examinada no se refiere a la mayoría del electorado sino a una porción significativa de él. La mayoría allí prevista no tendría derecho a requerir la remoción sino que determinaría la separación del funcionario. Cuando el texto se refiere al derecho a requerir la remoción alude al derecho de imponer a todo el electorado la concurrencia a manifestar su voluntad de modo expreso en un referéndum de participación obligatoria, derecho que pone en cabeza de esa minoría significativa. Es decir que la solución que busca posibilitar el jefe de Gobierno Aníbal Ibarra no perjudicaría a los electores que iniciaron el trámite, sobre quienes pesa la carga de concitar la voluntad de esa porción del electorado, veinte por ciento, a la que el art. 67 acuerda el derecho a obligar a votar al resto de sus conciudadanos y a los extranjeros inscriptos. Por el contrario, verían removido ese deber.

Pero, hasta aquí no ha formado parte del examen el interés del electorado en general. Vale recordar que son divergentes las opiniones acerca de las bondades de los mecanismos de democracia directa. No es misión de este Tribunal pronunciarse acerca de ellas, pero no puede ignorar la polémica a la hora de interpretar la CCBA, no ya su art. 67 sino éste en el contexto del cuerpo normativo que integra.

El art. 62 de la CCBA sienta el principio general en la materia: “La Ciudad garantiza *el pleno ejercicio de los derechos políticos inherentes a la ciudadanía*, conforme a los principios republicano, democrático y *representativo*, según las leyes que reglamenten su ejercicio...”. Observada en plenitud, esta regla supone que constituye una excepción el pronunciamiento directo del electorado acerca de una cuestión y, por tanto, debe quedar limitada a aquellos supuestos contemplados en la propia CCBA, cuerpo que agota el sistema. [Nota: “Los instrumentos de la de-

mocracia directa vienen a ser un complemento de nuestra forma de gobierno consagrada en la Constitución Nacional, que por una parte adopta la forma representativa y por otra determina que el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes” (conf. intervención de la Sra. Collin, convencional constituyente en *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Actas, t. I, CPACF y TSJ, p. 645)]. Dicho en otras palabras, la convocatoria directa a que el pueblo se manifieste no ha sido establecida como regla sino como excepción; y en algunos supuestos excluida. Estas exclusiones, a su vez, están dirigidas a esos supuestos de excepción, es decir que no suponen que la regla general es el tratamiento por vía de elección popular sino que constituyen modos de delimitar la excepción a una regla general negativa. Por ejemplo, tras establecer la regla según la cual el mismo art. 65 dispone que “el electorado puede ser consultado mediante referéndum obligatorio y vinculante destinado a la sanción, reforma o derogación de una norma de alcance general”, pero “no pueden ser sometidas a referéndum las materias excluidas del derecho de iniciativa, los tratados interjurisdiccionales y las que requieran mayorías especiales para su aprobación”, asuntos que, de no mediar esta previsión, quedarían comprendidos en la regla general recordada. De igual manera, el art. 64 prevé que “El electorado de la Ciudad tiene derecho de iniciativa para la presentación de proyectos de ley...”, pero “No son objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a reforma de esta Constitución, tratados internacionales, tributos y presupuesto”. En este sentido el convencional constituyente, Sr. Vivo dijo: “(...) hemos excluido del campo de la iniciativa popular algunas cuestiones en atención a su gravedad e importancia (...) Estos quedan marginados del referéndum porque sería una manera de abrir la ventana para dejar colar manobras que pusieran en riesgo las reglas de juego pluralistas, democráticas y transparentes” (conf. *Diario de Sesiones*, cit., p. 646).

A su vez, algunos de los mecanismos de participación prevén el voto obligatorio, regla general en la materia (conf. art. 62, párr. 2º), mientras que otros dejan librada al elector la decisión de concurrir al comicio.

Estos matices son fácilmente comprensibles teniendo en cuenta cuestiones de dos órdenes: la desvinculación de las decisiones y la oportunidad en que son requeridas. No incumbe a los representantes decidir esporádicamente cuestiones independientes las unas de las otras sino que pesa sobre ellos la complejidad de una gestión donde las resoluciones que adoptan son múltiples e impactan las unas sobre las otras. Esto no es distinto de lo que nos pasa a todos los seres humanos en nuestras vidas. En cambio, el referéndum, por necesidad, lleva al electorado a adoptar

una decisión con total independencia de otras implicadas o vinculadas a ella. Es el supuesto típico de decidir una medida sin hacerse cargo del costo, o un gasto sin prever el recurso. Es enteramente comprensible que, en términos generales, el pueblo que detenta el poder constituyente estime peligroso ser llevado a decidir cuestiones separadamente de su contexto. En otro orden de ideas, todos los seres humanos, y también los pueblos, maduramos nuestras decisiones, de manera que nuestra voluntad no es la misma en todo momento, sino que estimamos preferible aquella a la que arribamos una vez concluida nuestra elaboración. En este sentido, elegir la oportunidad en que se obliga a emitir la manifestación de voluntad que nos compromete es decisivo o, dicho en otras palabras, se presta a manipulaciones. Nuevamente, resulta fácilmente explicable que el constituyente haya sido cuidadoso en establecer las condiciones en que el electorado puede ser llamado a decidir u opinar. La ciencia de los jueces no encuentra en el desarrollo de estos mecanismos campo apropiado.

La relación sistémica de estas normas muestra que la CCBA ha querido asegurar a sus electores que serán convocados en cada oportunidad en que el constituyente lo previó y no lo serán cuando no lo previó. Los órganos permanentes pueden convocar pero observando las reglas constitucionales. Expresamente, lo dice el art. 104 cuando, entre las atribuciones y facultades del jefe de Gobierno dispone que éste “...26. Convoca a referéndum y consulta popular en los casos previstos en esta Constitución...”.

4. Como consecuencia de todo lo anterior, la manifestación de voluntad del jefe de Gobierno Dr. Aníbal Ibarra no basta para remover el requisito de que el veinte por ciento de firmas de electores impulsen el referéndum relativo a la revocatoria de su mandato. En las condiciones en que esa voluntad ha sido vertida, es posible que no sea la reunión de las firmas sino pasar directamente a la elección lo que atienda en mejor medida a la salvaguarda de la función pública a que se refiere la convencional Collin cuando fundamenta la finalidad del requisito de un porcentaje elevado de firmas. Todo parece indicar que, en el criterio de quien tiene a su cargo la función cuyo ejercicio ha sido cuestionado, la mejor salvaguarda para ella resultaría de una convocatoria electoral inmediata prescindiendo del requisito de las firmas. Ello no sería ya en resguardo de un derecho del funcionario sino en bien de la función cuyo adecuado ejercicio es del máximo interés público.

Empero, la Constitución de la Ciudad no deja librado a este Tribunal la posibilidad de soslayar el requisito sobre la base de apreciaciones acer-

ca del mejor cumplimiento de su finalidad que podría derivar de su omisión. El texto es categórico.

Por ello y por los fundamentos vertidos por el señor fiscal general en su dictamen, voto por rechazar la petición de fs. 49/50 del señor jefe de Gobierno Aníbal Ibarra.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. La tragedia de “República Cromañón” generó, entre otras secuelas, una crisis política en el ámbito del Gobierno de la Ciudad.

Como clara consecuencia de ello, diversos sujetos han solicitado ya ante el tribunal —competente para entender en la cuestión, en razón de lo establecido en el art. 113, inc. 6° de la CCBA y en la ley 357— la apertura del trámite del aludido mecanismo de democracia participativa, que regula la ley 357.

El señor jefe de Gobierno solicita que se “entienda subrogado” por su voluntad el trámite de obtención de un número mínimo de firmas para la realización del referéndum; ello por cuanto considera que la exigencia de la firma del veinte por ciento de los inscriptos en el padrón electoral local, que la norma superior establece, está pautada para proteger sus derechos subjetivos como funcionario y también porque, entiende, estamos ante una situación excepcional, no prevista por el constituyente, lo que habilita su interpretación.

2. En el art. 67 de la Constitución se establece: “El electorado tiene derecho a requerir la revocación del mandato de los funcionarios electivos fundándose en causas atinentes a su desempeño, impulsando una iniciativa con la firma del veinte por ciento de los inscriptos en el padrón electoral de la Ciudad...”, y la ley 357, en su art. 1°, indica que ella regula “el derecho del electorado” a requerir la revocatoria del mandato de funcionarios y funcionarias electivos de los poderes Legislativo y Ejecutivo y de las comunas.

Es claro que la Constitución establece que es el electorado, y no el funcionario cuestionado, el legitimado para solicitar el inicio del procedimiento de revocación; y lo es también que la norma constitucional exige que la solicitud se asiente en el requerimiento del veinte por ciento del padrón electoral.

La verificación de las circunstancias apuntadas bastaría para denegar la solicitud formulada por el señor jefe de Gobierno; pero —dada la importancia institucional del tema que discutimos y la necesidad de desarrollar este proceso con la mayor claridad y transparencia posibles— considero necesario efectuar, en los apartados siguientes, algunas considera-

ciones adicionales, destinadas a explicar porqué no puede ser aceptada la solicitud del Dr. Ibarra para que se omita la presentación de las firmas del veinte por ciento de los empadronados.

3. Tal como lo señalara el tribunal anteriormente: “Una Constitución es norma fundamental no sólo por la naturaleza de las prescripciones que contiene sino por la creencia de los individuos y de los grupos regidos por ella, en cuanto a su importancia y a la necesidad de que sea aplicada efectivamente. Son los órganos jurisdiccionales —y muy particularmente los tribunales constitucionales— aquéllos para los cuales la obligación de someterse a la constitución adquiere una significación especial que caracteriza a cada uno de los actos que realizan en el ejercicio de su competencia” (conf. Acordada Electoral n° 3 del 23/3/1999).

El art. 1° de la CCBA enuncia: “La Ciudad...organiza sus instituciones autónomas como democracia participativa...” y las formas de participación previstas en el Título Segundo del Libro Segundo son garantías institucionales que pueden ser reglamentadas (en el caso del art. 67 por la ley 357) pero no desnaturalizadas, ni utilizadas —por vía de interpretación— para fines distintos a los previstos por el constituyente.

En el caso del art. 67, la finalidad es que “el electorado”, representado en una proporción numéricamente significativa —el 20 %— pueda obtener la convocatoria a un *referendum* para la revocación del mandato de algún funcionario en razón del incumplimiento de sus funciones. Estos dos requisitos persiguen el aseguramiento de las instituciones jurídicas de la Ciudad y no pueden ser considerados derechos subjetivos de los funcionarios, ni soslayados en su estricto cumplimiento.

4. La finalidad de un *referendum* revocatorio de mandato es la de permitir a la comunidad dar solución a una grave crisis de legitimidad política —pues a nadie se le escapa que la regla establece una exigencia cuantitativa de ardua satisfacción, que no se alcanzaría ante circunstancias de poca entidad—, evitando así las consecuencias no deseadas de la subsistencia de una administración cuyas políticas dejaron de gozar de suficiente respaldo entre sus destinatarios.

Por el diseño propio de la distribución del poder y las funciones políticas de nuestra Constitución, y por una clara tendencia a privilegiar en ella los mecanismos de democracia participativa, nuestra norma superior, más allá del juicio político previsto en el art. 92 y ss., no previó otros recursos para la solución de situaciones como la presente, tal como sí ocurre en algunos sistemas parlamentarios en los que existe lo que se denomina “moción de censura constructiva”, por la que el grupo parlamentario

que acomete el derribo de un Gobierno se responsabiliza por la creación de uno nuevo, tal como ocurre en el caso de la Ley Fundamental de Bonn y de la Constitución española, evitando así que se den situaciones de “vacío de poder”, notoriamente perjudiciales para la marcha de los asuntos públicos y los intereses de la comunidad.

Como jueces constitucionales debemos observar con atención las particularidades del sistema local e interpretarlas razonablemente, para evitar tanto privarlas de sentido como también otorgarles uno que no fue el previsto por quienes, en la redacción de la norma suprema, expresaron la voluntad fundante del pueblo de la Ciudad.

Si bien nuestro sistema introduce saludables mecanismos de participación directa de la población [arts. 52, 63, 64, 65, 66 y 67, entre otros], lo hace sobre un diseño de base representativa, por lo que la instancia formal de debate primario de las cuestiones políticas es la legislativa. No obstante, como ya lo dije, no estamos ante un sistema en el que se prevean mociones de censura que permitan la conformación de un nuevo gobierno en reemplazo del sustituido, lo que suele solucionar los problemas de sustentación política de la gestión, por lo que la revocación de mandato, de ser votada favorablemente por la mayoría del padrón fijada por la constitución —cincuenta por ciento— coloca a la gestión en la cota más elevada de la crisis política, a partir de la cual podría ser necesario implementar nuevos mecanismos de legitimación de las autoridades.

A ello se suma que la realización de actos de la naturaleza del previsto en el citado art. 67 exigen un notorio esfuerzo presupuestario y de afectación de recursos de diversa índole, especialmente onerosos en el marco de una sociedad que pugna por superar la crisis económica y financiera que la afecta. Situaciones gravísimas, como la que generara esta crisis, justifican un gran esfuerzo del sector público, pero ello debe ser puesto de manifiesto por el concurso del número de voluntades que surge de aplicar la previsión constitucional.

Claro está que muchos de estos factores pueden, y deben, ser soslayados cuando de privilegiar la participación popular se trata; pero señalo estos aspectos para que se advierta la gravedad institucional de una convocatoria de esta naturaleza, pues tal circunstancia dota de sentido a la exigencia porcentual básica establecida por la Constitución, que impide considerar que estamos ante una garantía para el funcionario. Por el contrario, lo que se garantiza es que el esfuerzo colectivo de los habitantes de la Ciudad no sea utilizado como herramienta de presión política a las autoridades electas. La “protección” que esto pueda otorgar al funcionario del caso es un factor secundario.

Por otra parte, esta interpretación de los límites y alcances del instituto se ajusta a lo que surge de la lectura de los debates de la Convención Estatuyente y a lo expuesto en ella por el convencional Martínez, como miembro informante de la Comisión de Relaciones Interjurisdiccionales, Partidos Políticos y Mecanismos de Democracia Directa y por el convencional Castells quien, expresamente, evaluó la relación entre las mayorías exigidas y las eventuales maniobras políticas que podrían darse en caso de ser ellas distintas [sesión del día 6/9/1996].

5. Como ya señaló este Tribunal: “Cuando un tribunal constitucional es instado a validar o a dictar decisiones interpretativas acerca de la legitimidad y legalidad de actos de otros poderes, debe actuar con extrema prudencia para preservar el equilibrio propio del Estado de derecho y, al mismo tiempo, con la energía, oportunidad y claridad necesarias para que todos los ciudadanos perciban que la supremacía de la constitución no es una declaración sino una regla sustantiva básica” (conf. Acordada Electoral n° 3 del 23/3/1999).

Por ello —aun cuando se acepte, por vía de hipótesis—, que el caso no está expresamente previsto por su naturaleza excepcional, ello no autoriza a sostener que, por esta razón, la cuestión pasa a integrar el ámbito de lo exclusivamente discernible en el plano de la racionalidad política. En el caso, el constituyente reguló expresamente las condiciones de procedencia del pedido de revocatoria de mandato y a tales pautas cabe atenerse.

En atención a lo expuesto, el requisito de base porcentual establecido en la norma es indisponible para el señor gobernador, por lo que no puede ser soslayado.

6. Por lo expuesto voto por rechazar la presentación en análisis.

Por ello, oído el señor fiscal general,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Rechazar* la petición de fs. 49/50 del señor jefe de Gobierno, Aníbal Ibarra.

2°. *Mandar* se registre y se notifique mediante oficio al señor jefe de Gobierno.

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

IV

“CABICHE, ROBERTO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘MORENO, GUSTAVO DANIEL C/ASESORÍA GENERAL TUTELAR —MINISTERIO PÚBLICO— S/OTROS PROCESOS INCIDENTALES’, EN: ‘MORENO, GUSTAVO DANIEL C/ASESORÍA TUTELAR S/IMPUGNACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS’”

RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad. Ministerio Público Tutelar. Autonomía funcional. Asesor general tutelar. Instrucciones a los subordinados. Relación interorgánica. Medida cautelar. Sentencia definitiva. Caso constitucional. Intervención del Poder Judicial. Arbitrariedad de sentencia. Gravedad institucional

Expte. n° 3259/04 - 9/2/2005

VISTO:

El expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. Según lo relatado en la sentencia de Cámara, Gustavo Daniel Moreno inició una acción contencioso administrativa contra la Asesoría General Tutelar para que se declare la nulidad absoluta de la resol. AGT 71/03 y de los puntos II, III, IV y VIII de la resol. AGT 72/03 (ambas del 12/6/2003). Solicitó, además, el dictado de una medida cautelar para que se suspendan los efectos de las referidas resoluciones.

El juez de primera instancia otorgó, parcialmente, la cautelar solicitada y, en consecuencia, suspendió los efectos de la resol. AGT 71/03 y de los puntos II, III (párrs. 3º, 4º y 5º), IV y VIII de la resol. AGT 72/03 hasta tanto recaiga sentencia definitiva. Rechazó, en cambio, la medida cautelar en lo que respecta a los dos primeros párrafos del apartado III de la resol. 72/03.

Apelada esta decisión por la demandada, la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario rechazó el recurso de apelación y confirmó la resolución de primera instancia (fs. 1/5).

2. Contra dicha decisión, el asesor general tutelar del Ministerio Público dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 6/25), que fue declarado inadmisibles por la Cámara, pues, a su juicio, la resolución impugnada no reviste carácter de sentencia definitiva (fs. 26).

3. Frente a tal rechazo, Roberto Cabiche, por su propio derecho, interpuso una queja ante el tribunal (fs. 28/31).

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad fue mal denegado por lo que corresponde hacer lugar a la queja interpuesta.

2. Se agravia el recurrente de la extralimitación en que han incurrido los jueces de la causa en tanto conocieron de un conflicto cuyo objeto difiere de las causas que el art. 106 de la CCBA somete a sus jueces (fs. 11 y ss.). Afirma el quejoso, en este orden de ideas, que dado que “los principios que rigen la actividad del Ministerio Público son los de unidad de actuación y dependencia jerárquica [...] los funcionarios del Ministerio Público no gozan de autonomía sino que están sometidos a las directivas generales que disponga el titular del organismo. En tal sentido las órdenes e instrucciones que puedan ser impartidas, en conjunto, a los Asesores Generales Adjuntos, a los Asesores Tutelares ante las Cámaras de Apelación y a los Asesores Tutelares de primera instancia, constituyen, así, verdaderos actos de administración que ponen en ejercicio relaciones jurídicas, pero de carácter interno del Ministerio Público; y como tales, relativos a producir efectos jurídicos, en ese ámbito, ante los distintos órganos que lo componen” (*sic*). En este sentido recuerda que “[l]os conflictos a que den lugar este tipo de relaciones internas son cuestiones que se encuentran, en principio, excluidas de la autoridad de los jueces porque no pueden suscitar, por sí solas, ‘causas’ o ‘controversias’ en el sentido constitucional del término (conf. ley 27, art. 2º)”.

El reclamo del accionante consiste, según lo define en la demanda, en la nulidad de la resol. AG 71/03, la de los puntos II, III, IV y VIII de la resol. AG 72/03 y la de la resol. 88/03, todas ellas emanadas del asesor tutelar general, hoy recurrente. Invoca legitimación como asesor tutelar ante el fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad, así como la suya personal. Respecto de esta última, no muestra una afectación que lo distinga de cualquier vecino, es decir, su agravio se centra en la afectación funcional a que lo somete la separación de su función ante la segunda instancia, en contra de lo que dispone el art. 34 ter. de la ley 21, así como la imposición de instrucciones, que excederían la competencia del emisor. En todos estos casos, el impacto recae en la función.

3. La resolución contra la cual fue articulado el recurso de inconstitucionalidad no es la que pone fin al pleito, por lo que, como prin-

cipio, no es susceptible de impugnación por esa vía. Sin embargo, la extralimitación judicial respecto de la esfera de actuación que la CCBA asigna a los jueces vulnera la división de poderes tan pronto comienza, esto es, aun antes de asumir formas definitivas. Más aun cuando, como en el caso, la providencia recurrida decreta una medida cautelar que no se limita a preservar la utilidad de la sentencia que finalmente podría cerrar el proceso sino que la anticipa. Por ello, el restablecimiento de la Constitución, cuyo resguardo ha sido encomendado al Tribunal, no puede quedar pospuesto, menos aún por una interpretación estrecha de la ley que reglamenta la intervención prevista en el art. 113, inc. 3º de aquel cuerpo normativo. Esa intervención está prevista en la CCBA, por vía de apelación, “(...) en todos los casos que versen sobre la interpretación o aplicación de normas contenidas en la Constitución Nacional o en esta Constitución (...)”. En los supuestos usuales en que la disposición de los derechos materia del proceso sobreviene en la sentencia final, la regla legislativa, según la cual sólo la sentencia definitiva es susceptible de revisión a cargo del TSJ, es armoniosa con el mandato constitucional. Pero, en un proceso, cuyas características posibilitan que esos derechos resulten afectados de un modo sensible aun antes de esa oportunidad, exigir que la sentencia apelada sea formalmente la definitiva sin admitir equiparación alguna de providencias anteriores en razón del carácter irreversible de sus consecuencias importaría un apartamiento del mandato constitucional de revisar todos los casos, contenido en el citado art. 113. Es decir, que la tradicional equiparación de providencias anteriores a la sentencia definitiva, a la que ha acudido inveteradamente la CSJN para supuestos con comparables atributos, no es una opción del juez dirigida a extender su competencia sino el modo de cumplir cabalmente con la Constitución.

En síntesis, la infracción que el recurrente denuncia sólo admite solución inmediata, tal como él lo requiere (por razones equiparables a las que inspiran el criterio sentado por la CSJN *in re* “Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado nacional —Poder Ejecutivo nacional— s/amparo ley 16.986”, sentencia del 7/5/1998 [D.218, XXXIII]).

4. Esa corrección debe ser dispuesta aún *de oficio*. Ello es así, porque no son las partes las que pueden disponer de los ámbitos de actuación que la CCBA reserva a cada uno de los poderes que instituye. De lo contrario, no tendríamos un gobierno idéntico para todos sino que los individuos podrían adaptarlo a su conveniencia o antojo. Por ello, mientras son las partes quienes determinan el objeto del litigio, compete al juez declarar si éste es apropiado a su función. Esa función queda delimitada, en la instancia en que ha sido requerida la intervención judicial, por la presen-

cia de una causa. Determinar que se está ante una causa es el primer deber del juez, así como lo es abstenerse de conocer de aquello que le está vedado. Para un sistema constitucional que, en lo que aquí interesa es idéntico al de nuestra ciudad, la CSJN ha dicho que la “ausencia [de causa] puede y debe ser comprobada aun de oficio”, y que “la circunstancia de que la intervención de los tribunales haya sido consentida por las partes para resolver el punto que fue materia de la controversia entre ellas, no es óbice para que esta Corte Suprema, a cuya decisión pretende someterse el pleito por medio del recurso extraordinario, prescindiendo de las limitaciones de éste, declare la incompetencia del poder judicial” (entre muchos otros, cabe mencionar *Fallos*, 189:245, 246 y 229:460, 471, respectivamente).

5. El ámbito propio de la competencia de los jueces está delineado en el art. 106 de la CCBA por el concepto “causa”. El recurrente cita en apoyo de su tesis el art. 2° de la ley 27 que, obviamente, no es aplicable de modo directo pues regula la función judicial ejercida en un ámbito distinto al que nos ocupa. Empero, el concepto de causa contenido en ella es el mismo que adopta la CCBA. En verdad, precede también a la citada ley 27. Ese concepto, sobre cuya base se recorta la esfera de poder asignada a los jueces, y por consiguiente la asignada a otros poderes del estado, ha sido elaborado con mucha anterioridad a la sanción de nuestra constitución, y aun de la nacional. Sólo pueden subsumirse en él los conflictos acerca de la existencia y alcance de *derechos subjetivos*, esto es, de aquellos medios que el sistema pone en manos de los particulares, no de los órganos que ejercen el poder público en nombre de toda la comunidad, y a quienes confiere competencias cuyo alcance puede ser examinado en un juicio, pero no convertirse en el puro objeto de él. Este ámbito viene directamente relacionado con el derecho de defensa en juicio cuyo objeto es precisamente la persona y sus derechos; no el órgano y sus competencias. De esa manera, el constituyente, según la reglamentación que emite el legislador, dispone los remedios judiciales con un alcance que, si bien supone ejercicio del poder público —ejecución de bienes, por ejemplo— no arroja consecuencias sobre la distribución de poderes sino sobre la de derechos subjetivos —reconoce en el actor la propiedad que ostentaba el demandado, transmite la propiedad de un derecho patrimonial del demandado al actor, etcétera—. Estos derechos pueden ser asignados con una estabilidad superior a la de las medidas de poder público. Como corolario de lo hasta aquí dicho, resta destacar que es claro que no existe un derecho subjetivo a la competencia que puede detentar un organismo de gobierno, y es exclusivamente en torno a los alcances de una competencia que se ha

suscitado la controversia en autos, sin que la parte actora pudiera invocar un perjuicio concreto que recayera sobre la esfera de derechos de la que es titular. En este sentido ha dicho este Tribunal que “[e]l sólo hecho de debatirse el alcance de la legitimación por representación de un sujeto colectivo demuestra, asimismo, que quien recurre no es titular de un derecho propio o de un interés particular (en el sentido del derecho judicial de la Corte Suprema de Justicia), *ya que los funcionarios carecen de un derecho subjetivo al ejercicio de su competencia*” (voto de los Dres. Conde, Muñoz y Casás en el expte. n° 18/99 SAO, “Defensora del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/Estado de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad” —resolución de rechazo a la concesión del recurso extraordinario federal— del 22/11/2000 (CyJ, *Fallos TSJBA*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, t. I, pp. 620 y ss., la bastardilla es nuestra). Asimismo pueden citarse ejemplos de este criterio en el derecho comparado, al sostener que “[l]as competencias administrativas tienen los siguientes caracteres: “(...) No cabe un derecho subjetivo del titular del órgano al ejercicio de la competencia, sino, a lo más, el planteamiento orgánico de un conflicto de atribuciones (...)” (MARTÍN MATEO, Ramón: *Manual de derecho administrativo*, 9ª ed., Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1985, p. 151).

En síntesis, estamos ante una controversia de competencia, y no ante una controversia de derechos subjetivos, y ello no constituye una causa en sentido constitucional. Ciertamente es que, excepcionalmente, el art. 113 confiere a un órgano judicial la misión de resolver conflictos *entre* poderes que no pueden encontrar solución en la interacción de esos poderes. Pero, en ese caso, la concentra exclusivamente en el TSJ. Esos conflictos consisten, en última instancia, en disputas acerca del alcance de las competencias de los contendientes. Es una competencia delicada y por ello reservada por el constituyente a un solo órgano. Merece atención también que el mismo artículo le atribuye al TSJ la competencia para resolver las acciones declarativas de inconstitucionalidad cuyo objeto tampoco es una causa. En ellas pueden aparecer cuestionadas, cuando quedan reunidos los requisitos que dicho artículo y la ley 402 prevén, normas de alcance general como la impugnada en autos.

Aun cuando el supuesto de autos es un conflicto de competencias, no se desarrolla *entre* poderes, sino dentro de uno de ellos. Es un típico supuesto de “actividad interorgánica” que no puede ser visto como una causa y, por ende, no es justiciable (véase Marienhoff, Miguel S.: “Actividad interorgánica. Relaciones interadministrativas”, *JA*, 1962-III-77). En este orden de ideas, el concepto de “causa” requiere que la controversia tenga lugar entre *partes adversarias*, recaudo que no satisfacen los con-

flictos dentro de un poder. Ello es así, toda vez que órganos o agentes de diversa jerarquía dentro de un mismo poder no pueden aparecer ante la justicia como personas distintas puesto que obran por una misma. En este orden, ni el asesor tutelar de primera instancia, ni el Asesor General, en cuanto tales, son sujetos de derecho, sino órganos del Ministerio Público, pretendiendo litigar dentro de la órbita de dicho cuerpo. En este sentido, con buen criterio sostiene Marienhoff (ob. cit., p. 80) que “[n]o es posible hablar de ‘contienda’, litis, en materia de relaciones ‘interorgánicas’, pues para ello faltaría algo esencial: la ‘personalidad’ de los respectivos organismos, o de alguno de ellos. Sin ser sujeto de derecho es imposible intervenir como parte en una ‘contienda’ jurídica”. Conforme surge del diseño contenido en la CCBA y de los términos de la ley 21, ni el asesor tutelar ante el Fuero Contencioso Administrativo y Tributario ni el asesor tutelar General son sujetos de derecho, y por lo tanto no pueden constituirse en *partes adversarias* tal como requiere el concepto de “causa”.

6. En este sentido ha dicho el máximo tribunal federal que “[l]a misión más delicada de la justicia de la Nación es la de saberse mantener dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes y jurisdicciones, toda vez que el Judicial es el llamado por la ley para sostener la observancia de la Constitución Nacional, y de ahí que un avance de este poder, menoscabando las facultades de los demás revestiría la mayor gravedad para la armonía constitucional y el orden público” (*Fallos*, 155:248); que “[l]a Corte Suprema sólo puede pronunciarse, originariamente o en recurso, cuando se somete a su decisión un caso contencioso, en el que existe o pueda existir un derecho lesionado que la sentencia deba reparar” (*Fallos*, 184:358), que “el Poder Judicial [...] se define [...] como el que se ejerce en las causas [...] en las que se persigue en concreto la determinación de un derecho debatido entre partes adversas” (“Klein, Guillermo W.”, CSJN, 29/8/1986, “Costantino, Lorenzo v. Nación Argentina”, CSJN, 12/12/1985 y *Fallos*, 156:318 entre otros); que son “pautas que permiten establecer si se da una controversia definida y concreta [...] que la acción (administrativa) impugnada afecta substancialmente en algún momento los intereses legales de alguna persona” (“Baeza, Aníbal Roque c/Estado nacional”, CSJN, 23/8/1984); que “resulta condición para el examen judicial de constitucionalidad, que él ocurra como aspecto de un litigio común y como medida tendiente a superar el obstáculo que deriva de las leyes o actos impugnados para el reconocimiento del derecho invocado por el litigante” (“Gascón Coti, Alfredo y otros”, CSJN, 6/7/1990); y “un interés concreto, inmediato y sustancial [...] lleva a entender el planteo como una causa, caso o controversia, único supuesto que autoriza la intervención del los jueces” (“Polino, Héctor y

otro c/Poder Ejecutivo”, CSJN, 7/4/1994, y “Merciadri de Morini, María Teresa s/presentación (Unión Cívica Radical)”, CSJN, 12/5/1995); y que es de la esencia del Poder Judicial decidir colisiones efectivas de derechos (*Fallos*, 2:253, 24:248, 94:944, 95:51 y 290, 130:157, 243:177, 256:103, 263:397, y muchos otros). En el mismo sentido puede citarse el antiguo precedente de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el que el juez Marshall dijo que “el Poder Judicial puede actuar solamente cuando la materia le es sometida bajo la forma de un caso y el caso surge sólo cuando una parte afirma sus derechos en una forma prescripta por la ley (*in re*, “Osborn v. United States Bank”, 9 Wheat 738,819).

7. Que la cuestión no pueda ser propuesta como objeto de un juicio no quiere decir que es una cuestión política acerca de la cual no pueda pronunciarse una autoridad judicial. Por el contrario, bastará que aparezca como punto en debate a propósito de una causa o de una acción declarativa de inconstitucionalidad para que pueda y deba ser decidida. En este orden de ideas, cabe recordar que esta última fue la vía en cuyo marco este Tribunal conoció del planteo formulado *in re* “Ministerio Público (Defensoría y Asesoría General de Menores e Incapaces) c/Consejo de la Magistratura s/Acción declarativa de inconstitucionalidad” (*CyJ, Fallos TSJBA*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, t. I, pp. 307 y ss.).

8. Establecido que la demanda no es susceptible de ser propuesta para que un juez la resuelva, y que ello debe ser investigado de oficio, no sería coherente la Constitución, o en su caso la interpretación que de ella se hiciera, si en lugar de aprovechar la potencia del tribunal para restablecer el juego armonioso de poderes, le impusiera abstenerse de conocer en un asunto por no ser una causa y mantenerse como mero observador de cómo intervienen en ese asunto jueces inferiores. Naturalmente, esos jueces habrían dejado de ser inferiores para convertirse en supremos debido a la inoperancia de aquel tribunal al que originariamente le fue encargada la misión de encabezar la justicia. Ciertamente, un mismo tribunal no tiene por que ser supremo en todos los casos en que interviene; pero, el intérprete debe ser cuidadoso en distinguir aquellos casos en que el constituyente o, en cuanto le compete, el legislador, hacen supremo a un juez o tribunal que habitualmente no lo es, y aquellos otros en que existe un simple abandono de la responsabilidad. Tanto la CCBA como la ley 402 depositan en este Tribunal la máxima autoridad para restablecer la vigencia de la primera. En el caso, esa vigencia queda vulnerada por la extralimitación en curso de ejecución. Esa extralimitación ha llegado ya a interferir de modo actual con las competencias de otros órganos cuya actuación no puede ser revisada en un proceso judicial de las características del presen-

te. En tales condiciones, corresponde poner fin a la intervención judicial exorbitante de modo inmediato, puesto que postergar una decisión al respecto, tras haber sentado la conclusión de que la materia de estas actuaciones no reúne los extremos de una causa, supondría no disponer en plenitud los efectos de esta determinación en el proceso, dejando librado a los jueces inferiores, que no pueden revisar el pronunciamiento del tribunal que la establece, la extracción de sus consecuencias. Esta es la forma en que, en situación comparable, ha procedido la CSJN al resolver que “declarándose que la acción sustanciada en esta causa no es de las que corresponde decidir a los tribunales de justicia de la Nación [...] se revoca la sentencia [...] y, ejercitando la facultad que acuerda a este Tribunal el art. 16 de la ley 48 [Nota: Con mayor razón, ello es así cuando, como en nuestro ámbito, el Tribunal está sujeto a una regla de mayor alcance en lo que hace a sus facultades, cual es la contenida en el art. 31 (párr. 2º) de la ley 402], se deja sin efecto todo lo actuado” (*in re* CSJN, 5/11/2002, “Instituto Municipal de Obra Social c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, LL, 19/3/2003).

9. Por todo lo expuesto, opino que debe hacerse lugar a la queja, y dejarse sin efecto todo lo actuado.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

I. La queja fue interpuesta en tiempo oportuno y en forma adecuada (art. 33, ley 402); sin embargo, ella no puede prosperar. A su vez, el recurso de inconstitucionalidad deducido fue correctamente rechazado por la Cámara (fs. 26 y vta.).

En efecto, tal como lo señalé reiteradamente, los pronunciamientos referidos a medidas cautelares, en principio, no constituyen *sentencias definitivas*, en los términos del art. 27 de la ley 402 (conf. TSJ *in re*: “Agencia Marítima Silversea S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Agencia Marítima Silversea s/acción declarativa —incidente s/medida de no innovar—’”, expte. n° 1516/02, resolución del 10/7/2002 y consolidada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para el recurso extraordinario federal, *Fallos*, 310:681, 312, 553:1010; 313:116, entre muchos otros).

El asesor general tutelar tampoco acredita que la decisión de la Cámara genere un gravamen de imposible o insuficiente reparación ulterior, único supuesto en el que, para cierta doctrina, cabría equiparar una decisión interlocutoria a una sentencia definitiva. En tal sentido, el quejoso intenta que se soslaye el requisito de *sentencia definitiva* mediante el argumento de que en el caso se configura un caso de *gravedad institucional*, cuya decisión fue omitida *arbitrariamente* por la resolución denegatoria

del recurso de inconstitucionalidad (conf. este Tribunal, expte. n° 1686/02 “Buenos Aires Container Services S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Buenos Aires Container Services S.A. c/GCBA s/otros procesos incidentales’”, sentencia del 13/11/2002).

2. Conviene entonces separar las aguas; a cuyo efecto trataré en primer término, la argüida *arbitrariedad* de la resolución denegatoria del recurso de inconstitucionalidad. Al respecto, ya me pronuncié múltiplemente con respecto a la imposibilidad de admitir la llamada *arbitrariedad* como motivo autónomo del recurso de inconstitucionalidad local (conf. “Compañía Meca S.A. c/DGR [resol. 429 DGR/00] s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 2630 y sus acumulados exptes. n° 2538/03 y n° 2585/03, resolución del 12/8/2004, y sus citas, pronunciamiento aún no publicado, que explica con extensos fundamentos esta situación). Corresponde extender esta doctrina a la tacha atribuida a la decisión denegatoria de ese recurso. Con total prescindencia del acierto o del desacierto que yo personalmente conceda a la decisión de los Sres. camaristas, lo cierto es que ellos han explicado los motivos por los cuales arriban a la solución que proponen y eso representa que la resolución no carece de fundamentación.

Es, entonces, enteramente aplicable la tesis previa del TSJ en el sentido de que: “...La circunstancia de que la recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que la sentencia (decisión), más allá de su acierto o error, devenga infundada y, por ende, arbitraria” (conf. el tribunal *in re* “Federación Argentina de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas, en *CyJ, Fallos TSJBA*, t. I. pp. 282 y ss.)”.

Por lo demás, la CSJN —creadora de esta doctrina— tiene dicho que “la doctrina de la arbitrariedad posee un carácter estrictamente excepcional y exige, por tanto, que medie un apartamiento inequívoco de las normas que rigen el caso o una absoluta carencia de fundamentación (*Fallos*, 323:2879)”; así como que la tacha de arbitrariedad debe ser apreciada estricta y restrictivamente, pues, según lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “La doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados (...) sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley a que hacen

referencia los arts. 17 y 18 de la C.N.” (*Fallos*, 312:246, 389, 608, 1839, entre otros); este Tribunal, expte. n° 726/00, “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo”, sentencia del 24/5/2001, en *CyJ, Fallos TSJBA*, III-2001, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, p. 240 y ss.; expte. n° 912/01, “Caballero, Jorge Alberto y otros s/art. 71, Cód. Contrav. —causa 555-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, sentencia del 5/12/2001, en *CyJ, Fallos TSJBA*, III-2001, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, p. 749 y ss.).

3. Al margen de su pertinencia con respecto al recurso de inconstitucionalidad, la invocación de la doctrina de la CSJN sobre la “gravedad institucional” queda huérfana de sustento y no pasa de ser un ejercicio retórico cuya referencia no resulta clara, toda vez que no se ha demostrado en forma concreta y razonable de qué manera la decisión de la Cámara recaída en estas actuaciones cautelares puede llegar a comprometer gravemente la normal prestación del servicio de justicia durante la tramitación del pleito, ni la adecuada defensa del interés de los menores e incapaces, o a poner en tela de juicio, en forma irreparable, las funciones y misiones del ministerio tutelar o el interés general (conf. expte. n° 1058/01 *in re* “Kronopios S.R.L. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo [art. 14, CCBA] s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, sentencia del 23/8/2001, en *CyJ, Fallos TSJBA*, III-2001, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 488 y ss.).

Lo hasta aquí expuesto conduce, asimismo, a desechar la existencia autónoma en el caso de la doctrina de la *gravedad institucional* que formula la quejosa —cuyo tratamiento se convirtió, básicamente, en una hipótesis de arbitrariedad que fue despejada *supra*.

En razón de lo expuesto, voto en el sentido de desestimar la queja interpuesta.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. La queja fue deducida con sujeción a los requisitos de tiempo y forma establecidos en el art. 33 de la ley 402 y trae a conocimiento del tribunal una cuestión, vinculada directamente con el ejercicio de prerrogativas, deberes y facultades que la CCBA confiere e impone al señor asesor general tutelar, circunstancias que determinan su procedencia.

La cuestión involucra un debate de trascendencia institucional que supera el interés individual de los sujetos por él alcanzados y su consideración no puede, por ello, ser soslayada porque no estamos ante una sentencia definitiva. Por su trascendencia y proyección el tribunal debe avocarse a su conocimiento.

2. En el art. 124 de la CCBA se establece que el Ministerio Público goza de autonomía funcional y autarquía dentro del Poder Judicial.

El señor asesor general tutelar es la cabeza de una de las divisiones funcionales de ese Ministerio Público, cuya actividad fue regulada por medio de la ley 21. En el art. 32 de esa norma se le atribuye la función de establecer las pautas de actuación de los integrantes del Ministerio Público Tutelar. Es, entonces, el encargado de la organización y dirección del Ministerio Público Tutelar, en todas sus instancias; y, por imperativo constitucional, debe desarrollar esa tarea con autonomía funcional dentro del Poder Judicial.

En cumplimiento de sus deberes constitucionales, el nombrado dictó una resolución —AGT n° 72/03— por la que, básicamente, dispuso que los Asesores Generales Adjuntos, que tienen grado equivalente al de camarista, de conformidad a lo establecido en el art. 11, párr. 2°, de la ley 21, fueran los encargados de tramitar los recursos planteados contra las decisiones de primera instancia, al tiempo que estableció criterios generales de actuación para los integrantes del Ministerio Público Tutelar. Esa disposición no contradice disposición legal alguna, pues en el art. 34 ter de la ley que regula la actividad del Ministerio Público se establece que la actuación del asesor de primera instancia ante la cámara no es imperativa, sino potestativa; por lo que puede ser materia de regulación interna por parte del Ministerio Pupilar.

3. Si bien la cuestión a la que debemos dirigir nuestra mirada tiene por centro la medida cautelar dictada en autos, corresponde que despejemos antes otra, de mayor entidad, como es la relativa a la admisibilidad misma del debate sustanciado en autos.

Nuestro sistema constitucional garantiza el acceso a la justicia [art. 12, inc. 6°, CCBA y art. 8°, párr. 1°, CADH] y los jueces debemos asegurarlo siempre que se plantee ante los estrados judiciales un debate del que surja la afectación de un derecho del accionante. Se trata del derecho de todo habitante de la República de dirimir ante los tribunales los conflictos jurídicos que enfrenta en su vida social, cuando ellos no pueden ser superados por otra vía.

Pero debemos tener en claro que la función judicial debe procesar sólo conflictos jurídicos y abstenerse de intervenir en las disputas que no se expresan también en ellos. Ello no sólo por preservar nuestro rol de jueces dentro de los límites que la constitución nos impone, sino también por nuestro carácter de servidores públicos, que nos exige optimizar el uso de los recursos que el Estado destina a la actividad judicial, evitando tramitar pleitos claramente inconducentes.

En el caso nos encontramos con una particular relación jurídica, como es la jerárquica existente entre el accionante y el demandado. Las relaciones jerárquicas son vínculos necesarios para el funcionamiento de los órganos del Estado y se desarrollan dentro de límites normativamente establecidos, que deben ser respetados por todos los sujetos involucrados. En el marco de este tipo de relaciones administrativas, los subordinados deben entender que no siempre sus superiores adoptarán medidas que los satisfagan ni que ellas serán tomadas con criterios de oportunidad, mérito o conveniencia con los que coincidan; pero, en tanto la disposición no sea ilegal, ello no los autoriza a excitar la función jurisdiccional para obtener la revisión de un criterio funcional con el que discrepan. Se trata de un principio básico de organización y funcionamiento de las instituciones administrativas y judiciales, en su faz administrativa.

El respeto de esos límites y de las facultades del superior para impartir instrucciones dentro de ellos hace al buen desempeño funcional de los subordinados. Como contrapartida, los superiores no deben impartir a sus inferiores instrucciones contrarias a la normativa vigente. En caso de ocurrir ello, la relación jerárquica quedaría desvirtuada y estaríamos ante un conflicto jurídico, justiciable como tal.

En el caso no se verifica tal situación. La simple lectura de las disposiciones adoptadas por el señor asesor tutelar general nos indica que éste no ha violado disposición constitucional o legal alguna —v. gr. lo dicho respecto del art. 34 ter de la ley 21—. Ellas se inscriben claramente dentro del ámbito regular de actuación que el ordenamiento vigente le confiere, por lo que no instruyen al subordinado a actuación ilegal alguna ni limitan un deber que la normativa haya puesto exclusivamente a su cargo.

La cuestión es delicada desde el punto de vista institucional, pues compromete el funcionamiento interno y el respeto de la estructura jerárquica de un órgano esencial para el adecuado funcionamiento del Poder Judicial: precisamente por ello, el criterio de valoración de una medida de la naturaleza de la requerida en la causa debe ser sumamente restrictivo.

En tales circunstancias, la intervención judicial en las desinteligencias suscitadas entre la cabeza del Ministerio Pupilar y un subordinado importa una intromisión injustificada, claramente inconveniente para el adecuado respeto de las jerarquías que estructuran el órgano, en un área de actuación que el diseño del sistema constitucional y de la normativa de él derivada atribuye al responsable del área.

Por las razones expuestas, considero que el conflicto traído a conocimiento del tribunal no involucra un debate jurídico admisible, por lo que debe anularse todo lo actuado y archivar las actuaciones.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Por los fundamentos que expongo en este voto, coincido con la solución propuesta por mi colega el juez Julio B. J. Maier.

Si bien la queja fue deducida en tiempo y forma, la misma no puede prosperar en tanto omite rebatir el argumento que fundó el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad: esto es, la ausencia de sentencia definitiva (art. 27, L.P.T.).

Asiste razón a la Sala II de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario cuando afirma que el tribunal ha sostenido en numerosas ocasiones que los pronunciamientos que acuerdan, modifican o rechazan medidas cautelares no pueden, formalmente, ser considerados definitivos en los términos del art. 27 de la LPT (conf. TSJ, *in re* “Giribaldi, Juan Eduardo c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 942/01, resolución del 21/6/2001, en *CyJ, Fallos TSJBA*, III-2001, pp. 306 y ss.; “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. n° 1516/02, resolución del 10/6/2002; “OSCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Meles, Juan Manuel c/OSCBA [Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires] s/otros procesos incidentales’, en: ‘Meles, Juan Manuel c/OSCBA [Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires] s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 3115/04, resolución del 3/11/2004).

Y la recurrente no ha invocado razones ni aportado argumento alguno para demostrar que la resolución impugnada pueda equipararse —por sus efectos— a una sentencia definitiva (conf. TSJ *in re* “Agencia Marítima Silversea S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Agencia Marítima Silversea s/acción declarativa —incidente s/medida de no innovar—’”, expte. n° 1516/02, resolución de 10/6/2002; “Sandoval, Elveride c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 2501/03, resolución del 1/10/2003).

Por ello, entiendo que la queja debe ser desestimada.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

I. Como resultado de las deliberaciones mantenidas por los jueces en torno a la solución que cabe dar a la presente causa, dejo consignado que participo de los desarrollos que efectúa mi colega el doctor Luis F. Lozano en su fundado voto, en cuanto considera que el planteo formulado por la parte actora en el presente juicio no configura un “caso”, “causa” o “controversia judicial” y, por tanto, corresponde declarar la nulidad de

todo lo actuado. En este orden de ideas, la CSJN ha entendido que la jurisdicción de los tribunales de justicia de la Nación requiere de la necesidad de un juicio, entendido éste como un pleito o demanda en derecho instituida con arreglo a un curso regular de procedimiento (*Fallos*, 156:318). Los cuestionamientos a las disposiciones dictadas por el señor asesor general tutelar, realizados en este proceso por el doctor Gustavo Daniel Moreno (asesor tutelar ante la primera instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario), se relacionan con el *funcionamiento interno* del órgano Ministerio Público (específicamente, del Ministerio Público Tutelar), estos, conciernen a las relaciones *intraorgánicas* de uno de los actores públicos del proceso judicial.

El respeto por la *autonomía funcional* del Ministerio Público, consagrada en el art. 124 de la CCBA, me lleva al convencimiento de que decidir de otra manera importaría avalar una indebida intromisión de la magistratura judicial en un ámbito que le es ajeno —el de la Asesoría General Tutelar—, con afectación del normal desempeño en justicia de las instituciones diseñadas por la Carta Magna local.

2. Por lo demás, la medida cautelar dictada en la causa, por la trascendencia de la cuestión, su alcance y por resumir en sí misma el acogimiento de la pretensión de fondo, constituye un exceso que justifica, de manera más que suficiente, el abordaje de la cuestión, sin que pueda invocarse a este respecto el aparente óbice formal de la inexistencia de sentencia definitiva.

La medida precautoria aludida debe ser dejada sin efecto en este acto, por las razones que, tal cual lo ha adelantado en el Acuerdo, expresa en su voto la doctora Ana María Conde. Ello así, por cuanto la resol. AGT 72/03 por la que se dispuso que los asesores generales adjuntos fueran los encargados de tramitar los recursos planteados contra las decisiones de primera instancia, y que fijó criterios generales de actuación para los integrantes del Ministerio Público Tutelar, importan la expresión del poder jerárquico interno dentro del órgano respectivo, el cual no puede ser objeto de cuestionamiento en sede judicial en los términos en que ha sido intentado en la presente causa, más aun cuando los criterios propuestos y establecidos, además de constar por escrito y ser públicos, han debido comunicarse simultáneamente a la Legislatura de la Ciudad en los términos del art. 17, último párrafo de la ley 21, para que ésta, si lo estimare del caso, hiciera valer las responsabilidades pertinentes en orden a lo prescripto por el art. 126 de la Constitución local.

Por los acotados desarrollos que anteceden, debe decretarse la nulidad de todo lo actuado (*Fallos*, 308:2147, consid. 8º, párr. 2º, entre mu-

chos otros), lo cual acarrea, como necesaria implicancia, la revocación de la medida cautelar decretada en autos.

Así lo voto.

Por ello, como resultado de la deliberación que antecede, y por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Hacer lugar* a la queja interpuesta por el asesor general tutelar.

2°. *Dejar sin efecto* todo lo actuado y disponer el archivo del expediente.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique, se ponga en conocimiento del fiscal general y de la Cámara y, oportunamente, se devuelva la queja junto con el principal.

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

V

“GCBA C/CONSTRUCTAR S.A. S/EJECUCIÓN FISCAL S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO”

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Admisibilidad. Juicio ejecutivo. Excepción de prescripción. Sentencia equiparable a definitiva. Caso constitucional. Cuestiones de hecho y de prueba. Derecho común. Distribución de competencia legislativa entre la Nación y las provincias. Poder delegado al Gobierno federal. Interpretación de normas infraconstitucionales. Derecho público local. Prescripción. Cómputo del plazo. Ley tributaria y ley civil. Poder tributario local. Autonomía provincial

Expte. n° 3275/04 - 23/2/2005

VISTO:

El expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires inició ejecución fiscal contra Constructar S.A., el 30/12/1999, por el cobro de la suma de \$ 11.570,92,

más intereses y costas, correspondientes a la caducidad del “Plan de Facilidades, dec. 124/94”, solicitud 031342 (fs.1/4 y vta. de autos).

2. Al contestar el traslado, la demandada opuso las excepciones de inhabilidad de título y de prescripción (fs. 27/29).

3. La jueza de primera instancia resolvió rechazar ambas excepciones, con costas, y mandar llevar adelante la ejecución hasta hacerse íntegro pago al acreedor del capital reclamado, con más sus intereses estimados hasta la fecha del efectivo pago (fs. 46/47).

4. La ejecutada apeló el pronunciamiento y fundó su recurso a fs. 52/54 y vta. El GCBA contestó el respectivo memorial a fs. 56/59 y vta.

La Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario resolvió declarar desierto el recurso de la ejecutada en cuanto concierne a la excepción de inhabilidad de título y rechazó los argumentos de aquélla en cuanto respecta a la excepción de prescripción, confirmando, con costas a la vencida, la sentencia de primera instancia (fs. 63/66 y vta.).

5. Frente a esta decisión la ejecutada interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 72/76) —que sólo versa sobre la excepción de prescripción articulada—, el que fue contestado a fs. 78/88 por el GCBA.

A fs. 92 y vta. la Sala II de la Cámara concedió el recurso de inconstitucionalidad deducido.

6. Llamado a dictaminar, el señor fiscal general opinó que el recurso de inconstitucionalidad debe ser rechazado (fs. 102/105 y vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. En principio, cabe señalar que, si bien conforme a conocida jurisprudencia de la CSJN las decisiones recaídas en juicios ejecutivos y de apremio no constituyen como regla la sentencia definitiva a la que alude el art. 14 de la ley 48, en el caso cabe hacer excepción a dicho principio, pues el pronunciamiento recurrido (fs. 63/66 y vta.) desestimó la defensa de prescripción articulada por la ejecutada, lo que supone dar curso a la ejecución fiscal, sin que el agravio que de ello resulte pueda ser revisado en un trámite ulterior (*Fallos*, 319:1097 y sus citas). En tales condiciones, la sentencia impugnada debe ser considerada, asimismo, como proveniente del superior tribunal de la causa (art. 27, ley 402), a los fines de su examen por la vía del recurso de inconstitucionalidad interpuesto. El hecho de que la ley procesal aplicable permita defensas de fondo en el juicio ejecutivo no parece poder empañar la idea referida, consistente en afirmar la decisión final de la cuestión, en sentido material.

2. De todos modos, el recurrente no presenta un caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley 402. En efecto, su discrepancia con la sentencia de Cámara, a la que atribuye la trasgresión de principios constitucionales, se plantea con respecto a cuestiones de hecho, prueba y derecho común —vinculadas a la interpretación de normas “infraconstitucionales” que regulan el instituto de la prescripción—. Por lo demás, la mera enunciación de reglas constitucionales sin vincularlas con tachas concretas no suple esta omisión, que deja huérfano de solidez al recurso y lo torna inoficioso. De acuerdo a reiterada jurisprudencia del tribunal, la referencia ritual a derechos, principios y/o cláusulas constitucionales, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente, ya que si bastara la invocación de un derecho, principio 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. n° 131/99, resolución del 23/2/2000, en: *CyJ, Fallos TSJBA*, II-2000, pp. 20 y ss.).

3. No obstante lo expuesto, examinaré las razones argüidas para dar debida respuesta a los agravios esgrimidos. La recurrente, quien en la instancia de excepción restringió su impugnación al tópico de la prescripción, sostiene la aplicación al caso de los plazos estipulados y el modo de contarlos según el Código Civil (arts. 4027, incs. 3°, 3951 y 3956), al tiempo que niega la aplicación a iguales tópicos de la legislación local (ley 19.489 y arts. 64, 65 y 75, C.F. —t.o. 1999—) para, de ese modo, afirmar que al haberse acogido al plan de facilidades el 18/3/1994 la prescripción quinquenal se operó en igual día de 1999. El Fisco, a su turno, por aplicación de la citada ley específica y del Código Fiscal, sostiene que el cómputo del plazo respectivo recién comenzó el 1°/1/1995 y que la iniciación del proceso ejecutivo el 30/12/99 interrumpió oportunamente ese curso. Según se observa, y se puede observar al leer las normas citadas, la ley civil comienza a contar el plazo desde el momento en que debe ser cumplida la obligación, mientras que la ley fiscal (incluso la nacional 11.683, art. 57 —t.o. 1998 y sus modif.—, según se verá también posteriormente) cuenta a partir del primer día del año siguiente a aquel en el que se produzca el vencimiento de los plazos generales para la presentación de la declaración jurada e ingreso del gravamen.

4. En tanto se controvierte la utilización en el caso de las reglas fijadas por la legislación local, pues se pretende la aplicación del plazo de prescripción que fija el art. 4027, inc. 3°, del Cód. Civil —idéntico al de la legislación local (y también al de la legislación impositiva nacional)—, en

razón del modo como se computa su comienzo (según el art. 3956, Cód. Civil), se presenta la apariencia de un caso constitucional, cualquiera que sea la solución correcta del agravio, ya que las provincias han delegado (art. 75, inc. 12, C.N.) la legislación material común, en este caso el Código Civil, en el Congreso de la Nación, con lo cual han cedido su competencia legislativa originaria y ordinaria en esta materia (art. 126, C.N.). El art. 31 de la C.N., sólo indirectamente regula este caso, en su interpretación más amplia, pues, obsérvese, no se trata de derecho federal, sino, antes bien, de derecho común cedido a la legislación general del Congreso de la República, por razones políticas diferentes a las que establecieron, en la misma Constitución, las materias exclusivamente federales. El texto del art. 75, inc. 12, de la C.N., aclara suficientemente aquello que acabamos de decir. Pero tanto si se utiliza como si no se utiliza el art. 31 de la C.N., la pretensión del recurrente sólo aparenta ser admisible porque, en su interpretación, plantearía, supuestamente, una contradicción —referente a la competencia legislativa de órganos nacionales y locales— entre la ley aplicada y la C.N.

Sin embargo, el caso constitucional establecido, como se señaló, es más *aparente* que real. Para fundar esta afirmación discutiré aquí cierta jurisprudencia de la CSJN —a mi juicio inaceptable en el sistema jurídico argentino—, reiterada actualmente en el caso “Recurso de hecho deducido por Abel Alexis Latendorf (Síndico en la causa Filcrosa S.A. s/quiebra s/incidente de verificación de la municipalidad de Avellaneda)”, fallo del 30/9/2003, decisión que, en mi opinión, ha sido suficientemente refutada por este Tribunal al pronunciarse *in re* “Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires s/quiebra por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: Sociedad de Beneficencia en Buenos Aires c/DGR (resol. 1881-DGR/00) s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR (art. 114, C.F.)”, sentencia del 17/11/2003, recaída en el expte. n° 2192/03, cuyo voto personal reproduzco seguidamente, en cuanto a este conflicto atañe, para fundamentar mi posición en el asunto de la prescripción. Dije entonces:

“Lo cierto es que el Congreso de la Nación se ha pronunciado ya hace tiempo acerca de los plazos de prescripción de “Las acciones del Fisco para determinar y exigir el pago de los impuestos...” (art. 56, ley 11.683, t.o. al 13/7/1998, *B.O.*, 20/7/1998; y, antes aún, art. 1º, ley 11.585 para los restantes impuestos nacionales, tasas y contribuciones de mejoras, no incluidos en la ley 11.683) y que la ley 19.489, dictada también por la autoridad nacional, pero esta vez como legislatura local (entonces art. 67, inc. 27, C.N.), para la entonces Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires, coincidió exactamente con la determinación del Congreso de la Nación como poder legislativo nacional, al fijar los mismos plazos

de prescripción aplicados en la sentencia (10 y 5 años) y por las mismas razones y presupuestos que estableció el legislador nacional (según que el contribuyente esté inscripto o no se haya inscripto como tal). De tal manera, si el Código Civil no se ha pronunciado expresamente acerca del plazo de prescripción de los impuestos, el Congreso de la Nación ha venido a agregar el régimen de prescripción de los tributos y resulta indiferente el libro o la carpeta en la cual haya incluido la norma (en este caso una ley especial) para que esa regla esté vigente y aún sea aplicable en lugar de las reglas comunes del Código Civil, ya por razón de constituir legislación más moderna (*lex posterior*) o por la más atendible razón de ser especial para una determinada área del derecho (*lex specialis*)”.

“Bajo el enfoque de la identidad del órgano emisor de las normas nacionales y locales, se debe señalar nuevamente —ahora—, que el poder legislativo nacional ejercía esa función exclusiva sobre todo el territorio de la capital de la República —esto es, la ciudad de Buenos Aires—, como legislatura local, y fue precisamente durante ese lapso cuando se instaló en cabeza de un único legislador una disposición constitucional común, circunstancia que evita la posibilidad de argumentar una contradicción de tal índole en la obra de ese órgano: en todo caso, el poder legislativo nacional pudo haberse equivocado sólo en el libro de leyes al cual adherir la regla estudiada o en el alcance territorial de su vigencia. De todos modos, como fue demostrado, la legislación nacional y la local coinciden en el punto”.

“Nuevamente, por razones de identidad —valorada ahora en sentido material y no subjetivo— resultaría improductivo denunciar como irrazonables los plazos de prescripción vigentes en la ciudad en materia impositiva que sólo reproducen los términos contemplados en normas nacionales ya citadas. Para que un planteo tal, que no se formuló en este caso, pudiera tener éxito debería progresar primero la imputación en relación con los plazos nacionales. Mientras subsista la identidad mencionada el argumento no es viable”.

“Lo argumentado bastaría para tornar intrascendente el caso, que no revela, al menos hasta el momento, discrepancia alguna entre la legislación nacional y la local (en la sentencia mencionada de la CSJN, voto de los jueces Petracchi y Maqueda), más aún si se repara en que la legislación provincial más conocida también coincide con estos plazos y con este modo de regular la prescripción tributaria”.

Antes de continuar la transcripción cabe aclarar que, respecto del modo de computar el plazo —comienzo de él o *dies a quo*—, la cuestión no cambia, se mantiene inalterable, porque la Ley Impositiva Nacional (11.683, art. 57 —t.o. 1998—) es idéntica en su formulación al dispositi-

vo del Código Fiscal local, que, además, adoptó el sistema ya vigente de la ley 19.489, sancionada, como dijimos, por el Congreso de la Nación.

“Pero, para ser sincero, la jurisprudencia citada de la CSJN me parece absurda. Sus notas principales residen en dar por sentado que las provincias tienen potestad de legislación impositiva local, para negar luego que ellas puedan imponer sus propios plazos de prescripción de las determinaciones tributarias locales. Según observo, la C.N. —por ciertas razones políticas— se apartó de su modelo americano del norte en tanto las provincias cedieron parte de la legislación común (no federal) a la competencia del Poder Legislativo nacional (art. 75, inc. 12). Empero, según también observo, no cedieron específicamente la institución de la prescripción liberatoria, ni la fijación de los plazos de esa prescripción. Lo cedido en la norma constitucional citada es el desarrollo de la llamada *legislación material*, más específica y literalmente, la sanción del *Código Civil*. Cualquier jurista que haya recorrido de modo mínimo, aun de paso, el derecho comparado, conoce que la frontera entre el derecho material, entre nosotros de legislación nacional, y el derecho adjetivo, reconocido entre nosotros como de legislación local, esto es, entre el derecho civil o el derecho penal, atribuido al Congreso de la Nación, y el derecho procesal civil o penal, atribuido a las legislaturas locales, no es una línea, ni puede establecerse como tal, sino que, antes bien, importa una *zona de frontera*. En esa zona caben instituciones con características tales que las torna partícipes de ambas zonas jurídicas, esto es, se hallan en la llamada zona de frontera. La prescripción, como aquellas reglas relativas al ejercicio de las acciones (legitimación activa), a su extinción o a la extinción del deber jurídico, y varias otras referidas a las consecuencias jurídicas o a las sanciones viven en ese territorio. Ésta es la razón por la cual, por ejemplo, pudo existir, en la República Federal de Alemania, la decisión universalmente conocida que aludió al plazo de prescripción penal como reglado por las máximas del derecho procesal y, en este sentido, imprescriptible para los crímenes del régimen nazi, según ley posterior al hecho punible, sin que fuera abarcado por la regla de principio que genera la irretroactividad de la ley penal; más allá del acierto o desacierto —algo similar ocurre hoy entre nosotros con los crímenes de lesa humanidad cometidos por un gobierno militar—, la inestabilidad de la zona de frontera fue aquello que permitió el argumento que fundó la solución”.

“De tal manera, cuando el art. 75, inc. 12 (numeración actual), menciona los diferentes códigos de derecho material, tan sólo ha establecido una pauta de distribución de competencia legislativa entre la Nación y las provincias respecto del derecho común, pauta que, interpretada racionalmente, no sólo debe obedecer al texto de los actuales arts. 121 y 126 de la

C.N. —legislación local la regla, legislación nacional la excepción—, sino que, en el caso particular de los gobiernos locales, debe respetar las autonomías legislativas reconocidas. Aun la sentencia mencionada de la CSJN reconoce la autonomía legislativa que, en materia tributaria, poseen las provincias y, por supuesto, la ciudad de Buenos Aires, conforme al texto actual del art. 129 de la C.N. Conforme a ello, si el poder de legislación de ciertos tributos reside en las legislaturas locales, también el poder de ceñir a plazo ese deber tributario o su ejecución reside en la legislatura local creadora del deber, puesto que el art. 75, inc. 12, de la C.N., no encomienda al Congreso la regulación exclusiva de la institución de la prescripción y sus plazos, sino, muy por lo contrario, le atribuye el poder de legislación sobre las relaciones civiles, de derecho privado, aun cuando en esas relaciones intervenga el Estado (art. 3951, Cód. Civil)”.

“Precisamente, la norma citada y su texto representan, transpolados al caso actual, una de las pruebas de aquello que se dijo, dado que, en cuanto a los derechos susceptibles de propiedad privada, no le es posible a los Estados locales conceder mayores derechos al gobierno local que aquellos concedidos a los particulares. Los tributos no son, por definición, relaciones de carácter privado (negocios jurídicos) entre el Estado y los particulares, sino, por lo contrario, emergen de una relación de derecho público, quizá la más característica, la que establece la ley al crear el tributo. Otra de las pruebas más contundentes consiste en la interpretación del propio Congreso de la Nación, que, como se dijo, no sólo dictó la ley nacional tributaria que, precisamente, establece idénticos plazos de prescripción y presupuestos a los hoy atacados por el recurso, sino que, además, como legislatura local reprodujo esa legislación para la ciudad de Buenos Aires” (repárese, en lo que aquí interesa, que la ley tributaria nacional también comienza a contar el plazo de prescripción —*dies a quo*— a partir del primer día del año siguiente a aquel en el que se produzca el vencimiento de los plazos generales para la presentación de la declaración jurada e ingreso del gravamen: ley 11.683, art. 57 —t.o. 1998—).

“Si tuviera razón la CSJN, con el fallo citado, entonces ocurrirían algunos inconvenientes, que no resultan “naturales” para el sistema federal de nuestro orden jurídico. Piénsese —tan sólo como ejemplo—, que la misma norma constitucional citada (art. 75, inc. 12) no sólo menciona al Código Civil, sino, también, al Código Penal y a otra variada legislación sustantiva. Conforme a ello, de resultar correcto el criterio de la CSJN, debería interpretarse, en paralelo, que en el país existe y tan sólo debe existir un régimen de prescripción penal y sus plazos. Ello impediría que, como sucede en la realidad, los plazos de prescripción de los deberes emergentes de un código de faltas, o de contravenciones, o del derecho admi-

nistrativo sancionatorio puedan ser regulados por las leyes específicas. Así, los plazos de prescripción establecidos en los arts. 62 y 65 del C.P. (como ejemplo: prescripción de la acción de delitos amenazados con penas privativas de libertad temporal, entre dos años como mínimo y doce años como máximo), y los motivos de interrupción y suspensión de la prescripción de la acción penal que él regula, desplazarían totalmente, por el mismo argumento de la inconstitucionalidad aquí examinado, a la institución que regulan los códigos de faltas o contravencionales, o el derecho administrativo sancionatorio, muchas veces de legislación local, en el sentido más circunscripto de municipal o vecinal, para aquellas provincias de organización jurídica federal interna. En el caso particular de la Ciudad de Buenos Aires, la prescripción regulada por el Código Contravencional (art. 31) devendría, con ese razonamiento, contraria a la C.N., 75, inc. 12, pues, como resulta natural y racional, esa regulación no acepta plazos tan extensos como los reglados por el Código Penal y determina sus propias formas de suspensión e interrupción del plazo, en atención a las características y fines de la legislación contravencional”.

“Creo que el ejemplo basta para advertir cómo el criterio de la CSJN avanza peligrosamente por sobre las autonomías provinciales, en un sentido centralizador, impropio de nuestro orden jurídico básico (régimen federal). Pero adviértase que ese criterio también avanza, por repercusión directa —carácter transitivo—, sobre el control centralizado que la CSJN ejerce sobre las administraciones de justicia locales a través del llamado recurso extraordinario (art. 14, ley 48), pues se arroga la interpretación de la *legislación común*, poder que las provincias, expresamente, negaron al judiciary nacional —salvo cuando las cosas o las personas caigan bajo su jurisdicción— y se reservaron como propio al tiempo de delegar su sanción en los órganos nacionales, regla que sí está contenida, precisamente, en el texto del art. 75, inc. 12: ‘...sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo su respectivas jurisdicciones...’. El sentido histórico de esa cláusula constitucional determina su significado y debe ser tenido en cuenta al momento de utilizarla”.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad está interpuesto en tiempo y forma (art. 27, L.P.T.). Sin embargo, no resulta admisible.

2. Si bien en principio, las decisiones recaídas en juicios ejecutivos y de apremio no constituyen como regla la sentencia definitiva a la que alude el art. 27 de la ley 402, como sostiene mi colega, el juez Julio B. J.

Maier, en su voto, “en el caso cabe hacer excepción a dicho principio, pues el pronunciamiento recurrido (fs. 63/66 y vta.) desestimó la defensa de prescripción articulada por la ejecutada, lo que supone dar curso a la ejecución fiscal, sin que el agravio que de ello resulte pueda ser revisado en un trámite ulterior (*Fallos*, 319:1097 y sus citas).”

Asimismo, el decisorio impugnado emana del tribunal superior de la causa y la recurrente logra articular un caso constitucional (art. 27, L.P.T.). En relación con este último recaudo legal, sólo trataré el recurso respecto de dos agravios. El primero vinculado a la afectación de la supremacía constitucional (art. 31, C.N.) que se produciría, según argumenta la recurrente, a raíz de la supuesta divergencia entre las normas contenidas en el Código Civil y las del Código Fiscal local aplicadas por la sentencia de cámara. El segundo, asociado al eventual desconocimiento de la jurisprudencia de la Corte desarrollada en “Filcrosa” que, según Constructar S.A., le sería imputable a la decisión cuestionada.

3. Sin embargo, anticipo que propongo rechazar el recurso de inconstitucionalidad de fs. 72/76 por los fundamentos que expresaré en los apartados que siguen de este voto, que reproducen los aparts. 4 a 7 (inclusive) de mi voto en “Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires c/DGC (resol. 1881/DGR/00) s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR (art. 114, C.F.)’”, expte. n° 2192/03, resolución de 17/11/2003:

4. No coincido con la hermenéutica plasmada por la Corte en el caso “Filcrosa”. El núcleo de mi discrepancia radica en los alcances reconocidos por el máximo tribunal federal a las autonomías locales en materia tributaria.

Está fuera de discusión que la creación de tributos locales integra el conjunto de competencias no delegadas por las provincias al Gobierno nacional. Y, asimismo, que el constituyente federal de 1994 reconoció a la Ciudad —autónoma por voluntad de aquél— la misma facultad (conf. arts. 75, inc. 2°; 121, 122, 123, 125 y 129, C.N.).

La CSJN al fallar en “Filcrosa” ratifica precedentes (como se dijo, dictados en otro contexto fáctico y normativo) y reitera la tesis que invalida aquellas disposiciones contenidas en las legislaciones locales que al regular la prescripción se apartan de lo previsto en el Código Civil, aun cuando se refieran a cuestiones de derecho público local. Para la Corte las provincias carecen de atribuciones para legislar en esta materia puesto que “la prescripción nos es un instituto propio del derecho público local, sino un instituto general de derecho” (conf. consid. 6°, voto de los jueces

Fayt, Moliné O'Connor y López). Y, en su razonamiento, esa calificación determina que, en ejercicio de la habilitación conferida al legislador nacional por el art. 75, inc. 12, de la C.N., éste fije no sólo los plazos de prescripción correspondientes a las materias comprendidas en dicha norma constitucional (civil, comercial, penal, minería, trabajo y seguridad social) sino, además, establezca un régimen destinado a comprender la generalidad de las acciones susceptibles de extinguirse por esa vía.

La jurisprudencia referida no da cuenta de cuáles son las notas que definen a un “instituto general del derecho” y, consecuentemente, no establece una pauta de razonabilidad que permita distinguir los supuestos que quedarían comprendidos y excluidos de la definición. Como la consecuencia de la inclusión es el reconocimiento de la competencia excluyente del legislador federal para las que entran en el campo semántico del concepto, tampoco hay ninguna pauta de razonabilidad que explique —y menos aún que justifique— dicha atribución.

5. Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia afirma en el fallo citado, que la prescripción involucra aspectos típicamente ligados con el derecho de propiedad, cuya pertenencia al derecho de fondo nadie discute. Sin embargo, el argumento parece poco consistente. Por ejemplo, el instituto de la cosa juzgada, que también tiene vínculos, que nadie sensatamente negaría, con el derecho de propiedad, puede ser objeto de regulación válida por las legislaturas locales. Así, más allá de las disposiciones establecidas en el Código Civil (v. gr.: art. 715), las provincias regulan el sistema procesal (única o múltiples instancias) y las correspondientes vías recursivas y plazos para definir cuándo un asunto sometido a los tribunales locales pasa en autoridad de cosa juzgada o si existen recursos de revisión de tal autoridad. La prescripción, según la propia Corte, es un modo de extinguir las acciones. Con igual énfasis, podría sostenerse que la cosa juzgada es un modo de extinguir el derecho. ¿Cuál de las dos instituciones está más relacionada con el derecho de propiedad: la que es disponible para las jurisdicciones locales (cosa juzgada) o la que —en el criterio de la Corte— no lo es (prescripción)?

En consonancia con el ejemplo mencionado, las normas locales que regulan las habilitaciones y clausuras de comercios no son ajenas, en ciertas situaciones, a la tutela o afectación del derecho de propiedad. Pese a lo cual, la potestad de las autonomías locales para ejercer el poder de policía en ámbitos como los indicados, no es objeto de debate en el sistema federal argentino.

Otro ejemplo significativo: en materia tributaria local el legislador de la jurisdicción define el hecho imponible, las alícuotas, los sujetos pasi-

vos, las exenciones, los mínimos no imponibles, etcétera; aspectos todos vinculados con el derecho de propiedad.

En síntesis, la remisión al derecho de propiedad no resulta una guía constitucionalmente válida para ampliar o restringir el campo de la autonomía, como parece entenderlo la CSJN.

6. En otro orden, la Corte añade —refiriéndose a la prescripción— que no se advierte cuál sería el motivo para presumir que, al dictar la Constitución Nacional, las provincias hayan considerado como un presupuesto necesario de sus respectivas autonomías, la posibilidad de evaluar los efectos de la propia desidia, que la prescripción lleva implícita. En este punto quiero señalar que:

- a) en materia de tributos, la regulación de la prescripción no parece que pueda escindirse del sistema de recaudación tributaria, dado el tipo de obligaciones de que se trata, directamente implicadas en el sostenimiento básico del Estado, sus funciones y el cumplimiento de sus deberes (v. gr.: art. 2.1, PIDESC). La prescripción liberatoria disminuye la incertidumbre del sistema jurídico, fija con certeza el tiempo en el que puede ser reclamado el cumplimiento de la obligación, luego del cual, el supuesto deudor puede oponerla como defensa.
- b) no guarda coherencia, y contraría lo preceptuado por los artículos comprendidos en el Título Segundo de la Segunda Parte de la C.N., que se reconozca a una unidad federal autónoma el derecho a darse sus propias instituciones y a regirse por ellas (v. gr.: el sistema tributario local) y simultáneamente se someta a regulación externa (federal) una pieza clave de esas mismas instituciones (v. gr.: la prescripción en el régimen tributario local).
- c) los estados locales son los que deben decidir en qué plazos y bajo qué circunstancias prescribe una obligación tributaria, lo que contribuye a establecer una política tributaria previsible y efectivamente autónoma. Si los plazos de prescripción pueden ser ordenados y, por lo tanto, modificados por el legislador federal, no sólo la institución de la prescripción sino el sistema de recaudación tributario dejan de ser locales, en tanto quedan sujetos a las decisiones de un poder ajeno. Dado que, por mandato constitucional, el sistema tributario es tan variable como lo sea la legislación de cada estado local, ¿por qué habría que asegurar una ley común respecto de la prescripción? Esta intención ‘unificadora’ avasalla sin fundamento constitucional la autonomía de cada uno de los estados locales.

7. Por fin, es cuestionable una hermenéutica que transfiere, sin mediaciones, al ámbito del derecho público, el modo en que un instituto como la prescripción está reglado en un cuerpo normativo destinado a regir relaciones de derecho privado. Es claro que el modelo de federalismo de la Constitución Nacional no supone unidad de legislación, excepto en materias delegadas al estado federal. En lo que corresponde al funcionamiento de las autonomías locales, como lo es todo lo atinente al sistema tributario, el único límite es el respeto de los principios y derechos constitucionales, en el caso y como simples ejemplos, el principio de igualdad o el de no confiscatoriedad (arts. 16 y 17, C.N.).

En síntesis, la prescripción puede ser regulada tanto por la legislación de fondo como por la legislación local. El criterio de distribución de competencia no puede construirse a partir de priorizar las normas del Código Civil sin atender al tipo de relaciones jurídicas involucradas. Como sostiene mi colega el juez Julio B. J. Maier en el apart. 1 de la primera parte de su voto, “el Congreso de la Nación se ha pronunciado ya hace tiempo acerca de los plazos de prescripción de ‘Las acciones del Fisco para determinar y exigir el pago de los impuestos...’ (art. 56, ley 11.683, t.o. al 13/7/1998, *B. O.* 20/7/1998; y, antes aún, art. 1º, ley 11.585 para los restantes impuestos nacionales, tasas y contribuciones de mejoras, no incluidos en la ley 11.683)”. También a través de “la ley 19.489, dictada también por la autoridad nacional, pero ésta vez como legislatura local (entonces art. 67, inc. 27, C.N.), para la entonces Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires”. Los plazos fijados —y las razones y presupuestos en que se sustentan y diferencian— por el Congreso de la Nación como poder legislativo nacional, coinciden con los distintos plazos de prescripción contemplados en la norma que dictara en su carácter de legislador local, aplicados en la sentencia que se recurre (10 y 5 años, según el contribuyente esté o no inscripto).

4. Las costas deben imponerse a la vencida, en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 62, CCAyT).

Por las razones expuestas, y de conformidad con lo dictaminado con el señor fiscal general, voto por rechazar el recurso de inconstitucionalidad, con costas.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad (fs. 72/88) fue bien concedido por la CCAyT (fs. 92) sólo en cuanto la demandada, hoy recurrente, ha invocado la prescripción de la obligación tributaria, cuya ejecución persigue la actora, con apoyo en lo que disponen los arts. 3956, y 4027, inc. 3º del Cód. Civil, cuyo contenido, en su criterio, debe prevalecer, por impe-

rio del art. 31 de la C.N., sobre los arts. 1º y 2º de la ley 19.489, dictada también por el Congreso pero como legislatura local de la Capital Federal.

En cuanto al resto de los agravios, el recurso fue mal concedido. El agravio relativo a la violación del art. 16 de la C.N. (fs. 73/74), si bien constituye una defensa que busca apoyo en una garantía de raigambre constitucional, no es más que lo que la Corte Suprema de la Nación denomina “cuestión federal insustancial”. Concorre tal supuesto cuando respecto de la cuestión federal traída a consideración existe una clara y reiterada jurisprudencia, indudablemente aplicable a ella, que impide cualquier controversia seria respecto de la solución (conf. *Fallos*, 303:907 y sus citas; 304:133; 323:732, 736 y 1432, entre otros). Esta es precisamente la circunstancia en relación al agravio en cuestión, toda vez que la Corte Suprema tiene establecido desde tiempo inmemorial, de manera clara y reiterada, que “no resulta admisible el agravio relativo a la violación de la igualdad ante la ley que garantiza el art. 16 de la C.N., pues el desmedro de ese derecho fundamental se configuraría si emanase la desigualdad del texto mismo de la ley, y no, como lo plantea el recurrente, de la diversa interpretación que pudieran acordarle los jueces” (*Fallos*, 294:87; 297:480, 537; 302:315; 304:710; 310:1909, entre muchos otros). Por su parte, las alegaciones relativas a la violación de la garantía de la propiedad, y del debido proceso, no muestran adecuadamente la relación directa entre lo resuelto y las cláusulas constitucionales invocadas. La referencia ritual a derechos constitucionales es insuficiente si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, ya que, en última instancia, los derechos constitucionales constituyen la cúspide del sistema, presente al menos indirectamente en toda controversia, por lo que, si bastara la invocación de un derecho o garantía de raigambre constitucional para suscitar su jurisdicción, 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”, exppte. n° 131/99, resolución del 23/2/2000, en: *CyJ, Fallos TSJBA*, II-2000, pp. 20 y ss.).

2. El recurso está dirigido contra una sentencia definitiva (art. 27, ley 402), puesto que aunque no siempre lo es la que pone fin a un juicio ejecutivo, como lo es el presente, donde la cosa juzgada es formal, lo es, en cambio, cuando el pronunciamiento recae sobre una cuestión que, como la prescripción, no puede ser revisada ulteriormente en proceso ordinario (*Fallos*, 271:158 y sus citas).

3. La Corte Suprema ha analizado la cuestión *in re* “Filcrosa S.A. s/quiebra s/incidente de verificación de Municipalidad de Avellaneda”

(F.194 XXXIV, sentencia del 30/9/2003). Resolvió allí que la prescripción de las acciones de cobro de tributos locales quedan sujetas a la legislación nacional por corresponder el instituto al Código Civil. Esta doctrina sustituye a la adoptada en los precedentes 100: 10; 102: 204; y 104: 144, que reconocían la competencia local en la materia. Los fallos de la Corte Suprema tienen, debido tanto a su carácter supremo como a la autoridad de su contenido, un sentido magistral al que los jueces inferiores y los locales debemos someternos en bien del cometido que nos viene impuesto por el cargo. No obstante, la Corte Suprema nunca ha excluido el reexamen de asuntos de esta naturaleza cuando puede ser hecho a la luz de nuevas circunstancias o ideas que justifiquen volver sobre ellos (véase p. ej. *Fallos*, 302:144; y “Transportes Vidal S.A. c/provincia de Mendoza”, 31/5/1984, consid. 11 del voto de la mayoría, y del Dr. Petracchi).

4. No se discute en autos, ni en el precedente “Filcrosa”, acerca del alcance de algunas de las cláusulas constitucionales aplicables, así como tampoco en cuanto a que es en la Constitución Nacional donde corresponde buscar las reglas que determinen la correcta solución del asunto.

Dentro de este universo, el principio básico es que el federal es un gobierno de poderes enumerados, mientras que las provincias, y la Ciudad de Buenos Aires tienen el poder residual que les aseguran los arts. 121, 124, 126 y 129 de la C.N. A la luz de esta regla, para que una ley del Congreso Nacional integre la ley suprema de la Nación (en los términos del art. 31, C.N.), ella debe sustentarse en una atribución que le haya sido conferida a dicho poder por la Constitución Nacional.

Aunque enumerados, esos poderes o atribuciones no tienen por qué serlo expresamente. La jurisprudencia norteamericana había desarrollado ya antes de 1853 las nociones de poderes implícitos y resultantes. [*Nota*: “Mc Culloch v. State of Maryland”, 17 US 316 (1819); “Gibbons v. Ogden”, 22 US 1 (1824) y, finalmente, “American Ins. v. 356 Bales of Cotton”, 26 US 511 (1828)]. La idea de poderes inherentes contenida en el precedente “United States v. Curtiss-Wright Export Corporation” (299 US 304) es del año 1936, y está dirigida a atribuciones de naturaleza muy alejada de la que hoy nos ocupa, atribuciones que, por hipótesis, no pueden colidir con las provinciales.

El poder tributario asiste, con relación a diversas categorías de hechos imponibles, tanto a la Nación como a las provincias. De esto no hay duda, y fue afirmado por la Corte Suprema en numerosos precedentes. “La facultad de las provincias para darse leyes y ordenanzas de impuestos y, en general, todas las que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad, sin más limitaciones que las enumeradas en el art. 108 —hoy

art. 126— de la Constitución; siendo la creación de impuestos, elección de objetos imponibles y formalidades de percepción, del resorte propio de las provincias, porque entre los derechos que hacen a la autonomía de ellas es primordial el de imponer contribuciones y percibir las sin intervención de autoridad extraña (*Fallos*, 7:373; 105:273; 114:282; 137:212; 150:419)” (*Fallos*, 235:571, entre muchos otros). En este marco, no existe razón alguna para que la Nación limite el ejercicio del poder fiscal que asiste a las provincias en razón de la categoría de hechos, agregando límites en razón del tiempo o de cualquier otra circunstancias distinta de los supuestos de interferencia que llevan a eliminar ejercicios como el contemplado en la causa “Mc Culloch v. Maryland”, tomado como criterio por la Corte Suprema, por ejemplo, en la causa “Banco de Mendoza c/Dirección General Impositiva” (*Fallos*, 247:325), entre otros.

Si la atribución de legislar acerca de la prescripción de obligaciones fiscales locales no está expresa o implícitamente atribuida al Congreso o no resulta de la masa de poderes que le han sido conferidos a dicho Poder y de modo privativo, entonces dicha atribución ha sido mantenida por cada estado federado.

5. En “Filcrosa” la Corte Suprema sentó la doctrina según la cual la prescripción de obligaciones tributarias locales integra la materia cuyo tratamiento atribuye al Congreso el art. 75, inc. 12 de la C.N. Esta conclusión está erigida sobre dos bases: *a)* la prescripción no es un instituto propio del derecho público local sino un instituto general del derecho, circunstancia que determina la imposibilidad de que las provincias sienten reglas en la materia ni aún en lo que hace a la de las obligaciones tributarias cuya causa, en cambio, les compete privativamente fijar (consid. 6° del voto los ministros Fayt, Moliné O’Connor, y López, que conformaron la mayoría); y *b)* la prescripción involucra aspectos típicamente vinculados al derecho de propiedad, cuya inclusión dentro del art. 75 inc. 12 de la C.N. no se discute (consid. 7° del voto de la mayoría). A continuación analizaré estos fundamentos.

6. La afirmación de que la prescripción es un instituto general de derecho tiene una riqueza que obliga a ahondar en su significado, según muestra, en mi opinión certeramente, el voto de la jueza Alicia Ruiz en el precedente de éste tribunal *in re* “Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires c/DGR (resol. 1881-DGR/00) s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR (art. 114, C.F.)’” (expte. n° 2192/03), cuyas reflexiones arrojan luz sobre el punto. Indudablemente, la prescripción liberatoria, materia de estas reflexiones,

es una categoría jurídica de vieja elaboración que tanto denota una causal de extinción de la acción para exigir el cumplimiento de una obligación civil como la de una comercial, laboral, fiscal y aún para la aplicación de una sanción penal. Pero, como nociones científicas, las de “acto administrativo” o “contrato” son también generales como la prescripción, y sin embargo se encuentran pacíficamente sujetas a disposiciones de carácter nacional o local, según los casos. Así, aunque con contenidos parecidos, cada provincia se da la legislación relativa tanto a la estabilidad de sus actos administrativos como la de sus contratos administrativos. Y, en verdad, todas estas nociones son aplicables también al derecho vigente en otros países. Por lo que no cabe inferir un poder del Congreso con la sola base de que el concepto “prescripción” sea de amplia cobertura. Tampoco hay razones para sostener que resulta lógicamente imposible separar la atribución de reglar la materia en dos o más campos y asignar cada uno de ellos a diversa autoridad legislativa. Finalmente, no existe una sola palabra en la Constitución Nacional que autorice a suponer que, como instituto, quedó asignado al Congreso. Sí, en cambio, que lo fue en cuanto aplicable a las obligaciones tratadas en el Código Civil, por ejemplo.

No existen instituciones generales, con los alcances que se pretende darle en “Filcrosa”, sino en la medida en que el legislador competente (constituyente, en el caso) proscribe la discriminación. No es la teoría (la posibilidad de concebir situaciones diversas bajo un mismo paraguas conceptual) lo que permite extender los poderes del Congreso. No es el teórico el que distribuye competencias, sino el legislador, cuyo criterio de reparto bien puede diferir de la posibilidad de construir categorías del entendimiento.

Bien vale recordar las palabras del juez Brandeis en el fallo recaído en la causa “Erie R. Co. v. Tompkins”, 304 US 64. La cuestión considerada en ese precedente guarda, no obstante la diversidad de tratamiento que las cuestiones de derecho civil tienen en una y otra constitución, una estricta analogía con la presente en lo que aquí interesa. Los tribunales federales estadounidenses, con apoyo en la doctrina sentada por la Corte en el caso “Swift v. Tyson”, 16 Pet. 1, 18 venían aplicando el *common law* elaborado por la justicia federal para la solución de casos de responsabilidad extracontractual por daños ocasionados por particulares en el territorio de los estados, a cuyo respecto la jurisdicción federal provenía de la distinta vecindad de las partes. Ese *common law* federal venía a excluir al *common law* elaborado por los jueces del estado donde había tenido lugar el hecho y solamente quedaba reemplazado por reglas estatales si éstas provenían de una ley de ese estado (*statute law*). En esas condiciones, se suscitaba una situación paradójica: los jueces federales consideraban que la potestad

legislativa para regular esos casos era estadual, pero si no había sido ejercida por el estado sino librada la regulación al *common law*, elaborado como principio por los jueces del Estado, los jueces federales venían a ser soberanos en la materia, como resultado de una asignación de competencia en razón de la persona y no de la materia. La justificación de esta asunción federal de un poder reconocidamente estadual estaba apoyada precisamente en la postulación de que el *common law*, desarrollado por los jueces federales para supuestos de jurisdicción federal *ratione materiae* era un cuerpo general por tratar institutos generales del derecho. En “Erie” esa idea de institutos generales como fundamento de la extensión de competencias federales hasta invadir las locales fue expresamente desechada, no por razones de imposibilidad teórica sino porque la teoría, cualquiera fuera su acierto, no puede redistribuir lo que la constitución ya distribuyó. Dice así Brandeis: “Excepto en asuntos regidos por la Constitución Federal o por leyes del Congreso, el derecho a ser aplicado en cualquier caso es el derecho del estado. Y si el derecho del estado debe ser declarado por su Legislatura en una ley o por su más alto tribunal en una sentencia, no es una cuestión de competencia federal. No existe un *common law* general federal. El congreso no tiene la potestad de declarar reglas sustantivas de *common law* aplicables en los estados, sean locales por su naturaleza o ‘generales’, sean de derecho comercial o de derecho de daños. Y ninguna cláusula constitucional busca conferir tal potestad a los tribunales federales. Como fuera afirmado por el señor ministro Field cuando disenta en “Baltimore & Ohio R.R. Co. v. Baugh”, 149 US 368, 401, 13 S.Ct. 914, 927, en contra de ignorar el *fellow-servant liability common law* de Ohio: soy conciente de que lo que ha sido denominado la ley general del país —lo cual a menudo no es sino lo que el juez postulando una doctrina piensa, en ese momento, que debería ser la ley general sobre una cuestión particular— ha sido frecuentemente postulada en sentencias de esta corte para no aplicar una ley estadual en pugna con la que se hace prevalecer. Admito que jueces expertos han caído en el hábito de repetir esta doctrina como un modo conveniente de hacer a un lado la ley de un estado que entraba en conflicto con su punto de vista. Y confieso que, instado y gobernado por la autoridad de los grandes nombres de esos jueces, yo mismo he, en muchas oportunidades, con fiadamente y sin vacilación, pero según ahora creo, equivocadamente, repetido esa misma doctrina. Pero, a pesar de los grandes nombres que pueden ser citados a favor de la doctrina, y a pesar de la frecuencia con la que la doctrina ha sido reiterada, allí se erige, como una perpetua protesta contra su repetición, la constitución de los Estados Unidos, que reconoce y preserva la autonomía e independencia de los estados —independencia sus departamentos legislativos y judicia-

les—. La supervisión tanto sobre la acción legislativa como la judicial de los estados en ningún caso es permisible, excepto respecto de cuestiones específicamente autorizadas o delegadas a los Estados Unidos por la Constitución. Cualquier interferencia con cualquiera de dichas acciones de los estados, salvo cuando está permitida, es una invasión de su autoridad, y, en dicha medida, una denegación de su independencia.

La falacia subyacente en la regla declarada en “Swift v. Tyson” fue claramente desnudada por el juez Holmes. La doctrina descansa sobre la asunción de que existe “un cuerpo trascendente de normas fuera del de cualquier Estado particular pero obligatorio dentro de él, a menos que sea modificado por una ley escrita [*statute law*], y hasta tanto ello ocurra”; que los tribunales federales tiene la potestad de usar su juicio respecto de cuáles son las normas del *common law*; y que en los tribunales federales “las partes tienen derecho a un juicio independiente sobre cuestiones de derecho general”:

“Pero el derecho objetivo en el sentido en el que los tribunales hablan de él hoy día no existe sin una autoridad definida que lo respalde. El *common law* en la medida en que es aplicado en un estado, se lo llame o no *common law*, no es un *common law* general, sino el derecho objetivo de ese Estado que existe por la autoridad de ese Estado independientemente de lo que pudo haber sido en Inglaterra o en cualquier otro lugar...”

“El Estado y sólo él es la autoridad, y si eso es así, la voz adoptada por el Estado como propia (sea la de su Legislatura o la de su Corte Suprema) debe pronunciar la última palabra”.

En consecuencia, la doctrina de “Swift v. Tyson” es, como dijo el juez Holmes, “una asunción de poderes inconstitucional por los Tribunales de los Estados Unidos, que ninguna antigüedad o despliegue respetable de opinión debe hacernos dudar en corregir”. Al desaprobamos esa doctrina no sostenemos la inconstitucionalidad del art. 34 de la *Federal Judiciary Act of 1789* ni de ninguna otra ley del Congreso. Meramente declaramos que al aplicar la doctrina esta Corte y los tribunales inferiores han invadido derechos que en nuestra opinión están reservados a los distintos estados por la Constitución”. [Nota: “Except in matters governed by the Federal Constitution or by acts of Congress, the law to be applied in any case is the law of the state. And whether the law of the state shall be declared by its Legislature in a statute or by its highest court in a decision is not a matter of federal concern. There is no federal general common law. Congress has no power to declare substantive rules of common law applicable in a state whether they be local in their nature or ‘general,’ be they commercial law or a part of the law of torts. And no clause in the Constitution purports to confer such a power upon the federal courts. As

stated by Mr. Justice Field when protesting in *Baltimore & Ohio R.R. Co. v. Baugh*, 149 US 368, 401 13 S.Ct. 914, 927, against ignoring the Ohio common law of fellow-servant liability: I am aware that what has been termed the general law of the country-which is often little less than what the judge advancing the doctrine thinks at the time should be the general law on a particular subject-has been often advanced in judicial opinions of this court to control a conflicting law of a state. I admit that learned judges have fallen into the habit of repeating this doctrine as a convenient mode of brushing aside the law of a state in conflict with their views. And I confess that, moved and governed by the authority of the great names of those judges, I have, myself, in many instances, unhesitatingly and confidently, but I think now erroneously, repeated the same doctrine. But, notwithstanding the great names which may be cited in favor of the doctrine, and notwithstanding the frequency with which the doctrine has been reiterated, there stands, as a perpetual protest against its repetition, the constitution of the United States, which recognizes and preserves the autonomy and independence of the states, independence in their legislative and independence in their judicial departments. Supervision over either the legislative or the judicial action of the states is in no case permissible except as to matters by the constitution specifically authorized or delegated to the United States. Any interference with either, except as thus permitted, is an invasion of the authority of the state, and, to that extent, a denial of its independence.’ The fallacy underlying the rule declared in *Swift v. Tyson* is made clear by Mr. Justice Holmes. The doctrine rests upon the assumption that there is ‘a transcendental body of law outside of any particular State but obligatory within it unless and until changed by statute,’ that federal courts have the power to use their judgment as to what the rules of common law are; and that in the federal courts ‘the parties are entitled to an independent judgment on matters of general law’: ‘But law in the sense in which courts speak of it today does not exist without some definite authority behind it. The common law so far as it is enforced in a State, whether called common law or not, is not the common law generally but the law of that State existing by the authority of that State without regard to what it may have been in England or anywhere else... ‘The authority and only authority is the State, and if that be so, the voice adopted by the State as its own (whether it be of its Legislature or of its Supreme Court) should utter the last word’. Thus the doctrine of *Swift v. Tyson* is, as Mr. Justice Holmes said, ‘an unconstitutional assumption of powers by the Courts of the United States which no lapse of time or respectable array of opinion should make us hesitate to correct’. In disapproving that doctrine

we do not hold unconstitutional section 34 of the Federal Judiciary Act of 1789 or any other act of Congress. We merely declare that in applying the doctrine this Court and the lower courts have invaded rights which in our opinion are reserved by the Constitution to the several states”.

El pensamiento de Holmes, recordado en el voto citado, adquiere mayor significado cuando se lo comprende desde la perspectiva de que es el mismo jurista que escribe la obra titulada *The Common Law*, Dover Publications, Inc., New York, en que se analizan las instituciones siempre desde un punto de vista general. En efecto, la primera oración en la página 1 reza: “El objeto de este libro es presentar una visión general del *Common Law*” [Nota: “The object of this book is to present a general view of the Common Law”] y, en su prólogo, luego de explicar que se avocará al tratamiento de la teoría general y no de cuestiones que requerirían un tratamiento particularizado, ante una hipotético reproche por tal proceder, cita las palabras de Lehuërou: “Nosotros hacemos una teoría y no una recopilación”. [Nota: “Nous faisons une théorie et non un spicilège”].

7. El argumento referido a que la prescripción involucra aspectos vinculados al derecho de propiedad está fuera de toda discusión, al igual que aquel otro según el cual la propiedad recibe tratamiento en el marco de las materias delegadas por el art. 75, inc. 12 de la C.N. Pero, ello no significa que todo lo relativo a la propiedad quede tratado en el Código Civil.

El derecho de propiedad está garantizado por la Constitución Nacional, pero, a diferencia de otros derechos, no está definido en ella. El intérprete podrá buscar en el texto constitucional una guía para saber qué es libertad de prensa o de asociación, y cotejar el resultado de su búsqueda con las leyes del Congreso que los reglamenten, pero en vano buscará una definición de cuáles son las propiedades protegidas. Como bien señala el consid. 7º del voto de la mayoría, el derecho común delegado a la Nación define derechos subjetivos de propiedad. Así, el dominio, la servidumbre o las obligaciones nacidas de los contratos civiles. De todos modos, bien sentado está que los derechos de propiedad no se agotan en los derechos creados y regulados en los códigos de fondo, aunque los comprenda. Baste recordar que en el célebre precedente “Bourdieu” (*Fallos*, 145:307) —en el que la Corte Suprema sentó que el derecho de propiedad abarca “todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad [...] [t]odo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos)” — el derecho que constituía la propiedad del

Sr. Bourdieu tenía fuente exclusivamente en el derecho local, es decir fuera del derecho común, toda vez que lo que estaba en juego eran las condiciones de la concesión de uso de un espacio del dominio público. Bastan estas consideraciones para advertir la necesidad de matizar la idea de que el derecho de propiedad está definido en los códigos del art. 75, inc. 12. Los ejemplos de propiedades definidas fuera del campo del derecho común, tanto en el derecho provincial como en el federal, son numerosas. Se puede afirmar que en muchos casos remiten al derecho común en buena parte de sus aspectos. Pero, esto no aparece impuesto por la Constitución Nacional, al menos no expresamente, ni parece posible derivarlo como regla general por alguna de las vías tradicionalmente empleadas a ese fin, a las que me referiré más arriba (en el consid. 4°).

Está fuera de discusión que, aun cuando pueden definir propiedades, las cláusulas locales no pueden contener previsiones que entren en colisión con las normas nacionales que constituyen la ley suprema de la Nación con arreglo al art. 31 de la C.N. Ahora bien, la divergencia de textos (local y nacional) sobre una misma materia implicará la inconstitucionalidad de la normativa local sólo cuando las leyes del Congreso estén sancionadas dentro del universo de poderes enumerados. Fuera de él, no son ley suprema de la Nación.

8. Asimismo cabe destacar que el momento escogido como punto de partida para computar el plazo de prescripción en el art. 2° de la ley 19.489 —que es lo que está en discusión en autos— no es caprichoso: está relacionado con la marcha de la administración y sustancialmente con la ejecución del presupuesto. Como destaca el voto de la jueza Conde en “Sociedad Italiana de Beneficencia”, es el mismo momento escogido por la Nación en el art. 57 de la ley 11.683 (t.o. por dec. 821/98), circunstancia que por sí sola lo explica. A su vez, esto torna fundado el fallo a la luz del voto de los ministros Maqueda y Petracchi.

Quizás podría haber interferencia con el derecho nacional si, por ejemplo, una provincia estableciera la imprescriptibilidad de sus obligaciones tributarias, acudiendo a las quiebras con este criterio o generando problemas con el mantenimiento de los documentos respaldatorios en el caso de las sociedades (en esta línea puede verse el voto de Petracchi y Maqueda en su consid. 15).

Ahora bien, el caso de autos no se asemeja a tal supuesto. La única diferencia entre los dos regímenes en pugna, en el mejor de los casos para la tesis del recurrente, radica en el momento en que debe empezar a contarse el plazo de prescripción, y si bien el hecho de diferir el comienzo del curso de la prescripción al primero de enero del año siguiente, a igualdad

de plazos entre los distintos regímenes, obviamente termina por prolongar el plazo en cuestión, tal prolongación no resulta excesiva, y obedece a las razones expresadas más arriba.

Además, cabe destacar que dicha prolongación bajo ningún punto de vista busca dejar en manos de los propios gobiernos provinciales el control su propia desidia. La Nación es artífice de todos los plazos de prescripción que corren contra las acciones que nacen de sus derechos, y esto jamás ha sido discutido ni visto con alarma. En ejercicio de esa potestad ha optado por computar el plazo de prescripción desde una oportunidad idéntica a la que el recurso objeta a la Ciudad. La doctrina “Filcrosa” negaría a las administraciones locales el tratamiento que el estado nacional se da por razones aplicables también a aquéllas.

En un examen más profundo de la cuestión, repárese en la situación que generaría la doctrina “Filcrosa” en la hipótesis de que la Constitución Nacional hubiera librado, como lo hace la norteamericana, la legislación civil a las provincias. ¿Se sostendría la noción según la cual el instituto es general del derecho?

9. Aunque no han dado lugar a cuestionamientos comparables, existen otros aspectos de las obligaciones tributarias que versan sobre categorías jurídicas también contempladas en los códigos de fondo. Definir cuáles son los sujetos de derecho ha sido considerado siempre asunto propio del derecho común, lo cual supone tratamiento por el Congreso y respetuoso de la uniformidad. Empero, ha sido solución habitual aquella según la cual los sujetos de la imposición pueden diferir de las personas contempladas en el Código Civil. De hecho, por ejemplo, las leyes fiscales, tanto nacionales como locales, erigen a las sucesiones indivisas, las uniones transitorias de empresas, los agrupamientos de colaboración o los fideicomisos, como sujetos de obligaciones tributarias, no obstante que carecen de personería con arreglo a la legislación sancionada en virtud del art. 75 inc. 12 de la C.N. Esta regla difiere, pero no interfiere, con las del Código Civil. Igual razonamiento puede montarse sobre la compensación. El art. 823, inc. 1º del Cód. Civil establece que no son compensables créditos de los particulares frente al estado con deudas de rentas fiscales. Ello no excluye el tratamiento por la legislación federal y la local de los supuestos de compensación de deudas tributarias con créditos por pago en exceso de tributos, no contemplados expresamente en el Código Civil sino en la legislación tributaria de cada jurisdicción (p. ej., art. 59, C.F. año 2004, t.o. por dec. 882-GCBA/04). Es decir, la ley civil, asumiendo que puede existir una interferencia, la evita dejado fuera de sus reglas el supuesto que queda en la órbita local. Distinta situación es la de los privilegios en que

aparece manifiesto el interés nacional en fijar prioridades entre obligaciones civiles y tributarias, o sería mejor decir evitar que las provincias afecten las primeras para atender preferentemente sus créditos fiscales.

10. No es ajena a la solución del problema la visión que de él tiene el Congreso. Como enfatiza el voto del juez Maier en la causa “Sociedad Italiana de Beneficencia”, el Congreso ha sancionado por medio de los arts. 1º y 2º de la ley 19.489, como legislatura local, el régimen diferencial de prescripción para la Ciudad de Buenos Aires y, paralelamente, para sus propios créditos tributarios mediante los arts. 56 y ss. de la ley 11.683, un régimen también específico y de similar contenido. Es decir, existe una interpretación auténtica según la cual el Código Civil no contempla el caso que nos ocupa.

Está fuera de toda discusión que si el Congreso hubiera establecido como legislatura local de Buenos Aires una regla que hubiera hecho excepción a las del derecho común, esa regla habría sido inconstitucional por transgredir el principio según el cual la legislación común deber ser uniformemente impuesta en todo el territorio de la Nación (*Fallos*, 220:202). En tanto aceptemos que la inconstitucionalidad de una ley es la *ultima ratio* del sistema y que el legislador se supone coherente, habrá que concluir que esa interpretación auténtica es, además, la única posible: el Código Civil no trata la prescripción de las obligaciones tributarias, ya sean nacionales o provinciales. Sentado ello, la solución del caso de autos puede prescindir de determinar si el Congreso Nacional tiene la competencia para fijar la prescripción de las obligaciones tributarias locales. Si, por ejemplo, supusiera que, acorde con el art. 75 inc. 12 de la C.N., los códigos de fondo bien pudieron tratar unificadamente la prescripción de obligaciones tributarias locales, aún así el art. 126 de la C.N. abriría la puerta a la regulación por las provincias de aquella materia que, aunque parte del derecho común por hipótesis, no hubiera recibido atención aún del Congreso (como ocurre en nuestro medio, según acabo de explicar). Más probablemente, como ya expresé más arriba, la estimó ajena a sus poderes. La ausencia de mención en el Código Civil, aun a la prescripción de tributos nacionales, por una parte, y la circunstancia de que la ley nacional 11.683 trata la prescripción de estos tributos nacionales, y solamente la de estos, me parecen elementos difíciles de compatibilizar con otra interpretación. Adviértase que, como bien señala el voto de los ministros Juan C. Maqueda y Enrique S. Petracchi en “Filcrosa”, habría que extender la solución de la ley 11.683 a las obligaciones tributarias provinciales para preservar la igualdad, tema al que regreso más adelante. Pero, en cualquier caso, la legislación local sería válida.

El punto relativo a establecer si el Código Civil contempla la prescripción de las obligaciones tributarias no es menor. Ciertamente, el juez de grado no estimó que el Código Civil las contemplara, puesto que si hubiera creído que las reglas de ese código regulan el asunto, habría debido declararlas inconstitucionales a fin de fundar su decisión. Como señalaron los jueces Casás y Conde en el caso “Soc. Italiana de Beneficencia” esa conclusión, estrictamente de derecho común, es privativa de los jueces locales (arts. 75, inc. 12, y 116, C.N.) y, por ende, no revisable por la Corte Suprema, salvo un supuesto de arbitrariedad, que no se ve en el caso.

Es decir que, una vez sentada la interpretación según la cual el Código Civil no contempla el supuesto, la legislación local está respaldada por el art. 124 o bien por el 126, ambos de la C.N., y esta interpretación no es revisable por jueces federales sin mengua de la reserva del art. 116, siempre de la C.N.

En este orden de ideas, cabe advertir también que si bien la sentencia consideró que al requerir la aplicación del Código Civil en lugar de la ley 19.489, la recurrente reducía el debate al momento que una y otra ley adoptan para iniciar el cómputo de la prescripción, no vino con ello a admitir que el art. 4027, inc. 3° del Cód. Civil sería el aplicable al caso. No está admitido en el caso que la deuda sea en cuotas pagaderas en períodos iguales o menores a un año. Establecerlo es facultad privativa de los jueces locales, y no ha sido hecho en razón de que no fue necesario para la solución del litigio.

11. En el mismo orden de ideas del considerando anterior, vale tener en cuenta que la legislación relativa a la prescripción de tributos nacionales no es considerada de derecho común sino federal. Así en los casos publicados en *Fallos*, 314:1656; 318:1416. Ello, implica afirmar que el instituto de la prescripción no está íntegramente contemplado en el inc. 12 del art. 75 de la C.N. Considerarlo de otro modo, pondría la interpretación de estas normas fuera del ámbito de revisión de la Corte Suprema en casos en que la legislación tributaria nacional fuera aplicada por jueces locales (supuestos del art. 12 inc. 2° de la ley 48 y concursos) y aún por jueces federales, aun cuando este último sería un supuesto menos grave para la Nación. A su vez, implica que esta clase de asunto, en lo que hace a los tributos provinciales, es de competencia local.

12. Por ello, corresponde confirmar la decisión apelada. Costas a cargo de la vencida.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad fue interpuesto en tiempo y forma (fs. 72/76) por la ejecutada (arts. 27 y 28, L.P.T.). Tal apelación ha

sido concedida parcialmente por el *a quo* (fs. 92/92 vta.), quien había, confirmando la sentencia de primera instancia, rechazado la excepción de prescripción interpuesta.

2. Es preciso señalar aquí que, tal como ya lo he sostenido (conf. “Cervecería y Maltería Quilmes SAICAyG s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Cervecería y Maltería Quilmes SAICAyG s/ejecución fiscal’”, expte. n° 3137/04, sentencia del 22/12/2004), si bien, en principio, las decisiones recaídas en juicios ejecutivos no constituyen sentencia definitiva, en este caso se debe tener en cuenta que el pronunciamiento que no hizo lugar a la excepción de prescripción no podrá ser revisado en un juicio ordinario posterior, por tanto, corresponde equipararlo a sentencia definitiva tal como lo ha tenido decidido el Máximo Tribunal, para quien, las decisiones que admiten o rechazan dicha defensa frustran cualquier planteo judicial ulterior (*Fallos*, 314:1656; 315:49 y 1916; 323:3401, entre otros).

3. No obstante haberse verificado la concurrencia de los requisitos procesales de admisibilidad enunciados en los puntos 1 y 2, coincido con la solución a la que arriba mi colega el doctor Julio B. J. Maier en el sentido de que el recurso ha sido mal concedido.

4. Respecto de los agravios relativos a la violación del principio de igualdad, garantía del derecho de propiedad y debido proceso, pienso que los mismos conducen al tratamiento de una “cuestión federal insustancial” o no guardan “relación directa” entre lo resuelto y las cláusulas constitucionales invocadas, tal cual se fundamenta en el voto del señor juez Luis F. Lozano, al que remito *brevitatis causae*.

5. Descartados los planteos recursivos de que se ha hecho mérito en el punto anterior, los agravios traídos a este estrado se limitan a señalar el “despropósito que han cometido en autos los tribunales de la Ciudad de Buenos Aires al manifestarse contrarios a la jurisprudencia del máximo tribunal federal” (fs. 74 vta.) en tanto se apartaron expresamente del precedente de la CSJN recaído en la causa: *in re*: “Filcrosa S.A. s/quiebra s/incidente de verificación de Municipalidad de Avellaneda” (*Fallos*, 326:3899), sentencia del 30/9/2003 y al no aplicar las disposiciones del Código Civil en materia de prescripción liberatoria, tanto en lo que hace a su plazo quinquenal (art. 4027, inc. 3°) como, fundamentalmente, respecto del momento a partir del cual debe iniciarse su cómputo art. 3956), negando el apelante que la situación pudiera regirse, en tal supuesto, por los arts. 64, 65 y 75 del C.F. local.

6. En torno a la “insistente ostentación” (*sic* —del dictamen del señor fiscal general, doctor José Luis Mandalunis—, véase fs. 104) que efec-

túa el recurrente de la ya citada causa de la CSJN, *in re*: “Filcrosa”, me permito advertir que la misma no guarda relación necesaria y directa con la cuestión que aquí se ventila —plazo de prescripción, en un caso; y momento a partir del cual se inicia su cómputo, en el otro—. Añado de todos modos que, si alguna lejana similitud hubiese, entre los hechos debatidos en este contencioso y el precedente invocado, a todo evento, reitero los fundamentos en que se sustentó mi voto *in re*: “Sociedad Italiana de Beneficencia de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires c/DGR (resol. 1881-DGR/00 s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR [art. 114, C.F.]’”, sentencia del 17/11/2003. Señalo por último, que si el argumento discursivo del recurrente, llegara a ser acogido, el estado de cosas sobreviniente permitirá corroborar lo disvalioso de la “novel” doctrina de la Corte, por cuanto sus resultados conducirían a desquiciar la normal percepción de la renta pública en una gestión recaudatoria de masa.

7. Aludo a la “novel” doctrina de nuestro máximo tribunal recogiendo las agudas reflexiones del señor fiscal general ante este estrado, quien demuestra con sólido respaldo en los precedentes de la propia Corte que ésta, en alguna familia de fallos hasta “Filcrosa” sólo había establecido que los *plazos del Código Civil* eran los que gobernaban la *prescripción de las acciones dirigidas contra las provincias* sustentadas en derecho federal o común (v. gr. repetición de impuestos establecidos en violación a normas constitucionales o en caso de pagos efectuados por error o sin causa). Agregó el Ministerio Público en su dictamen, “que en estos precedentes la Corte estimó que cuando se invocaba un derecho fundado en el ordenamiento federal o común, la acción para exigir su cumplimiento no podía estar sujeta a un plazo de prescripción establecido por leyes provinciales. Por esa razón, aplicó siempre el régimen de prescripción del Código Civil a las acciones de repetición, pues estas en general estaban fundadas en la violación de normas de la Constitución Nacional y en figuras del Código Civil tales como el pago de lo que no se debe.// Sin embargo, las acciones ejecutivas que los fiscos dirigen contra contribuyentes morosos no se fundan en el derecho civil o federal, sino en los respectivos ordenamientos locales”. En consecuencia, *no puede confundirse la aplicación de normas de derecho común en la prescripción de la acción de repetición (tal como lo había admitido la Corte), con la extensión de idéntico criterio para la prescripción de los poderes y acciones del Fisco para determinar o cobrar tributos*, como recién acontece con la unitarización del derecho público local que se suscita a partir de una visión que exalta los códigos de fondo privados por encima de las autonomías provinciales, según se consagra *in re*: “Filcrosa” (criterio implícitamente mantenido al pronun-

ciarse por la inadmisibilidad de los recursos articulados con invocación del art. 280 del CPCCN, en las causas: P.22, L.XXXVI, “Puigmarti y Compañía SACIF s/quiebra s/incidente de revisión por Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires”, sentencia del 15/4/2004, y D.721, L.XXXVI, “Davio, Luis Alberto s/concurso preventivo s/incidente de revisión por Fiscalía de Estado de la provincia de Buenos Aires”, sentencia del 6/7/2004, entre otras).

8. Téngase presente como razonamiento central de mi voto que la Cámara *a quo* resolvió la controversia por aplicación del art. 2º de la ley nacional 19.489, dictada por el Congreso nacional —órgano investido a su vez por la Constitución para dictar los Códigos de fondo—, claro está que en este caso, en su carácter de legislador local, norma que en nada se aparta del criterio consagrado en la Ley Nacional de Procedimientos Tributarios 11.683 (t.o. 1998, Título I, Capítulo VIII: “De la prescripción”, art. 57), y que fuera la solución que manteniéndose inalterada fue incorporada inauguralmente al Código Fiscal de la Ciudad en su nuevo *status*, a partir del año 1999 (ley 150).

Así las cosas, “Construtar S.A.”, tal como lo señala el señor fiscal general, debería haber demostrado que el régimen aplicado en la especie —el de la ley nacional 19.489—, resultaba eclipsado por los preceptos de derecho común —Código Civil—, lo cual ni siquiera ha esbozado en su recurso de inconstitucionalidad, teniendo en cuenta que tal precepto emanado del Congreso de la Nación operaba como *lex posterior* y *lex specialis*, a partir de lo cual pierden andamio las articulaciones que puedan efectuarse a partir, exclusivamente, de una invocación genérica al articulado del Código Civil.

En el punto 11 de mi voto en la causa: “Sociedad Italiana de Beneficencia”, dejé referido: “A la indicada solución arribó el tribunal cimero, *in re*: ‘Intercargo S.A. c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires’ (Fallos, 310:959), sentencia del 19/5/1987. La jurisdicción local aplicó el Impuesto sobre los Ingresos Brutos, tomando en consideración la explícita autorización otorgada por el Congreso para incidir con tales tributos en el transporte interjurisdiccional mediante las reformas introducidas por la ley 22.006 a la Ley 22.221 de Coparticipación Provincial en Impuestos Nacionales. El razonamiento del Máximo tribunal se sustentó en que la facultad concedida por la primera de las leyes citadas había provenido del Congreso de la Nación, o sea del mismo órgano investido por la Constitución de la facultad de reglar el comercio entre las provincias a tenor de la Cláusula Comercial (hoy art. 75, inc. 13).// Razonando a partir de la doctrina del precedente, si con la intervención del Congreso de la Na-

ción —mediante la sanción de la ley 22.006—, quedó salvado cualquier agravio a la Cláusula Comercial, correspondería arribar a idéntica conclusión, *mutatis mutandi*, respecto a los plazos de prescripción de los poderes y acciones del Fisco local, consagrados por la ley 19.489, respecto de la cláusula de los códigos”.

En las condiciones hasta aquí referidas, el recurso de inconstitucionalidad no cuenta con una fundamentación suficiente ya que es doctrina pacífica de la CSJN que la presentación recursiva debe contener una crítica prolija de la sentencia impugnada, debiendo el apelante rebatir *todos y cada uno* de los fundamentos en que se apoya el tribunal para arribar a las conclusiones que lo agravian (*Fallos*, 310:1147, 1465; 311:542, 1191, 2421, entre muchos otros).

Asimismo cabe señalar que en tanto las normas de derecho público local (Código Fiscal) y de derecho común (Código Civil), en virtud de lo establecido en el art. 75, inc. 12 de la C.N., deben ser aplicadas e interpretadas por los jueces locales, lo decidido por el *a quo*, en principio, no suscita una cuestión constitucional.

Dilucidar los preceptos aplicables para computar el comienzo del plazo de la prescripción es, entonces, por regla general, misión propia de los jueces de la causa y las discrepancias infundadas de la recurrente —por que no han rebatido todas las razones brindadas en la sentencia apelada—, no solventan un caso constitucional que permitan a “Construccion S.A.”, incitar la intervención apelada de este estrado a partir de lo dispuesto por los arts. 113, inc. 3º, CCBA y 27 de la ley 402.

9. A pesar de que lo hasta aquí expuesto resultaría suficiente para declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad por su deficiente fundamentación, pienso que no está de más dejar expuestas algunas reflexiones adicionales.

Recuérdese al respecto que en punto a cuál es el momento en que debe iniciarse el cómputo del plazo de la prescripción liberatoria en materia tributaria, la recurrente sostiene, por aplicación del Código Civil que el mismo *comienza a correr desde la fecha del título de la obligación* (art. 3956), mientras que los tribunales locales, por aplicación de la ley 19.489 vigente al momento en que “Construccion S.A.” se acogió voluntariamente a un plan de facilidades de pago (18/3/1994) —solución reproducida en el texto del Código Fiscal (art. 65)—, señalaron que *comienza a correr el término de prescripción del poder fiscal para determinar el impuesto y facultades accesorias del mismo, así como la acción para exigir el pago, desde el 1º de enero siguiente al año en que se produzca el vencimiento de los plazos generales para la presentación de declaraciones juradas y/o*

ingreso del gravamen, siguiendo lo establecido por la ley nacional 11.683 de procedimientos tributarios. Así las cosas, mientras conforme al criterio sustentado por la accionante la prescripción operaría el 18/3/1999, de acuerdo a lo sostenido por el Fisco local y a las instancias judiciales de grado, la misma recién comenzaría a correr a partir del 1º/1/1995, por lo que operaría el 1º/1/2000.

A este respecto valga señalar que en el derecho tributario la prescripción sólo puede encontrar su fundamento en *criterios objetivos y uniformes que den satisfacción al principio de seguridad jurídica*. Ello se evidencia claramente en el hecho de que el legislador haya querido tomar un *parámetro uniforme para determinar el dies a quo del plazo prescriptivo*, teniendo en cuenta la naturaleza de la relación jurídica tributaria: relación de derecho público que no nace por voluntad de las partes en ella implicadas, sino por la ocurrencia fáctica del presupuesto legal previsto.

Para reforzar esta idea de la necesidad de uniformidad en el cómputo del plazo, frente a obligaciones de masa como las tributarias —por estar referidas a universos más o menos vastos de contribuyentes— en que debe facilitarse la gestión recaudatoria del Fisco, es corriente que en el derecho comparado se adopten soluciones semejantes a aquella a la que adscribe la *legislación local y federal de la Argentina*. Valga recurrir, como ejemplo, a la solución receptada por el *Modelo de Código Tributario para América Latina* del Proyecto de Tributación Conjunta OEA-BID, elaborado en el año 1967 por Rubens Gomes de Sousa (Brasil), Ramón Valdés Costa (Uruguay) y Carlos M. Giuliani Fonrouge (Argentina), en cuyo Título II: “Obligación Tributaria”, Capítulo V: “Extinción”, Sección Sexta: “Prescripción”, art. 56, primer párrafo, se dejó establecido que “el término se contará desde el 1º de enero del año calendario siguiente a aquel en que se produjo el hecho generador” (Reforma Tributaria para América Latina: *Modelo de Código Tributario*, Unión Panamericana, Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, Washington D.C., 1967, p. 47).

En igual sentido, se ha dicho que la adopción de tal pauta uniforme obedece a una *regla de eficiencia económica* (conf. FOLCO, Carlos M., en obra conjunta con GÓMEZ, Teresa: *Procedimiento tributario*, Título I, Capítulo VIII: “De la prescripción”, parágrafo: “Prescripción de Impuestos”, punto I: “Consideraciones generales”, p. 268, La Ley, Buenos Aires, 2003), ya que, como bien lo expresa el catedrático alemán de la Universidad de Bochum, Heinrich Wilhelm Kruse, “La prescripción es una estricta prescripción de calendario. No comienza ya con el nacimiento de la pretensión, sino a partir del momento en que expira el año en que la pretensión ha nacido, o —en los Impuestos sobre la renta, el Impuesto industrial y el

Impuesto sobre el volumen de ventas— con el transcurso del año en que el sujeto pasivo realiza la declaración del impuesto. El resultado es que todos los plazos de la prescripción terminan unitariamente, lo que exime a las Oficinas de Hacienda de un control permanente de los plazos de prescripción transcurridos” (conf. *Derecho tributario. Parte General*, traducción al español de su 3ª ed. en alemán, capítulo 15: “Extinción de la relación obligacional impositiva”, parág. IV: “Prescripción”, pp. 283 y ss., en particular p. 287, Editorial de Derecho Financiero, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1978). En la doctrina nacional los argumentos de esta obra, han sido recogidos por el profesor titular consulto de la Universidad de Buenos Aires, Arístides H. M. Corti (conf. obra colectiva dirigida por el apuntado publicista: *Procedimiento fiscal —ley 11.683 y complementarias— Análisis integral*, Tesis, Buenos Aires, 1987, p. 256).

10. Por las razones hasta aquí brindadas (insustancialidad de los agravios, falta de relación directa y adecuada fundamentación), como por lo concordantemente dictaminado por el señor fiscal general, propicio declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad incoado. Costas a la vencida en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 62, CCAyT).

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Coincido con la solución a la que arriba el Dr. Maier en su voto.

1. En el caso, la ejecución iniciada contra Construtar S.A. se originó en la caducidad del “Plan de Facilidades de Pago”, dispuesto por dec. 124/94, al que voluntariamente se sometiera la firma por solicitud n° 031342.

La demandada no discutió la existencia de la obligación tributaria reclamada en autos, correspondiente al año 1994; pero planteó su prescripción, impugnando la aplicación de lo dispuesto en el art. 2° de la ley 19.489 para la fijación del *dies a quo* en el que se iniciara el cómputo del plazo. Según su criterio, el cómputo debe efectuarse desde el mes de marzo del año 1994, con sujeción a las disposiciones generales del Código Civil, y no desde el primero de enero del año 1995, como lo establece la norma específica, cuya aplicación cuestiona.

2. El criterio aplicado en la norma objetada, dictada por el Congreso Nacional como legislador local, fue luego mantenido por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en distintas sanciones del C.F. [leyes 150, año 1999; 322, año 2000; 541, año 2001; 745, año 2002; 1010, año 2003 y dec. 882 —t.o. año 2004—; 1543, publicada en el BOCBA, n° 2101 del 4/1/2005], y coincide con el empleado en la normativa tributaria

federal —art. 52, ley 11.683—, cuestión ni siquiera considerada por la recurrente.

3. La regulación de la prescripción por el Código Civil no puede ser aplicada en materias cuya regulación no ha sido delegada en el gobierno federal, como es la tributaria local [mi voto en “Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires c/DGR (resol. 1881/DGR/00) s/recurso de apelación judicial c/decisiones de la DGR (art. 114, C.F.)’”, expte n° 21902/03, del 17/11/2003; “YPF S.A. c/DGR (resol. 480/DGR/00) s/recurso apelación judicial c/decisiones DGR (art. 114, C.F.) s/recurso de apelación ordinario concedido, expte. n° 2594/03, del 11/5/2004].

La admisión del criterio de la recurrente, que propicia —para la resolución de conflictos de derecho público local— la subordinación a los criterios enunciados en sus sentencias por la CSJN conlleva el práctico aniquilamiento, en su faz judicial, del ya acotado régimen federal que la Constitución Nacional estableciera para la organización del país. Y ello no puede ser convalidado por este Tribunal, en atención a la necesidad de preservar la organización constitucional de la República y por el imperativo de defensa de la autonomía establecido en el art. 6° de la CCBA.

Lo atinente al alcance que cabe asignar a las normas tributarias implicadas en el caso *es una cuestión de derecho local que no debe ser necesariamente decidida con base en los criterios derivados de los precedentes* de la Corte Suprema de Justicia; pues sólo en *materia federal* la doctrina que establecen sus sentencias constituye una directiva a la que deben conformar sus decisiones los jueces de las instancias inferiores (*in re*: “Cerámica San Lorenzo”, *Fallos*, 307:1094, sentencia del 4/7/1985); ello sin perjuicio de recordar que nada impide sostener un criterio distinto cuando se exponen fundamentos que no fueron considerados y que se consideran válidos para llegar a diferente conclusión (*Fallos*, 304:900).

4. La recurrente no ha planteado debidamente un caso constitucional. Su argumentación se asienta en criterios doctrinarios y no en una interpretación razonable de las normas que integran el sistema jurídico en el nivel constitucional.

Aun cuando se sostenga que el límite de las potestades fiscales de esta Ciudad está determinado por la exigencia de que la legislación dictada en su consecuencia no restrinja derechos acordados por normas de carácter nacional [CSJN, *Fallos*, 304:163 y 316:2182, entre otros], tal circunstancia no se verifica en la cuestión sometida a estudio de este Tribunal, pues como se señaló, no sólo la norma impugnada emanó del Congreso Nacional sino que en la legislación federal se sigue un criterio similar al

que aquí se impugna, cuestión soslayada por la recurrente, en lo que constituye un evidente déficit argumental de su presentación.

5. En atención a lo expuesto, y de conformidad con lo dictaminado por el señor fiscal general, voto porque se declare mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto con costas a la parte vencida (art. 62, CCAyT).

Por ello, oído el señor fiscal general y como resultado de la votación que antecede,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Declarar* mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Constructor S.A. a fs. 72/76.

2°. *Imponer* las costas de esta instancia a la vencida.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique y se devuelva a la Cámara remitente.

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

VI

“OSCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘BLUMBERG, PERLA NILDA C/GCBA Y OTROS S/RECUSACIÓN (ART. 16, CCAYT)’”

RECURSO DE QUEJA: Recurso de inconstitucionalidad. Admisibilidad. Recusación. Sentencia definitiva. Cuestiones de hecho y de prueba

Expte. nº 3239/04 - 23/2/2005

VISTO:

El expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

I. Perla N. Blumberg interpuso una demanda de amparo contra el Gobierno de la Ciudad y la Obra Social de Buenos Aires para que se conde-

ne a los demandados a inscribir a la obra social en el registro de Obras Sociales que administra la Superintendencia de Servicios de Salud, y efectuar todo otro trámite administrativo para que ella quede adherida a las leyes 23.660 y 23.661, según lo dispuesto por la ley 472. Solicitó, además, el dictado de una medida cautelar innovativa para que el Gobierno de la Ciudad deposite los aportes y contribuciones correspondientes a sus remuneraciones, en una obra social de su elección (fs. 57/66).

2. Frente a la decisión del juez de primera instancia que dispuso con carácter cautelar que, hasta tanto se resuelva el fondo de la cuestión debatida, los aportes de la actora a la OSCBA sean derivados a la empresa que acepte su afiliación (fs. 1/6), la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires articuló la recusación con causa del magistrado por entender que hubo prejuzgamiento (fs. 7/10).

3. La Sala II de la Cámara resolvió rechazar la recusación impetrada. Para así decidir consideró que, en el caso, no se configuró la causal invocada ya que el juez se limitó a valorar el texto de una norma vigente, en el marco de una medida cautelar, expresando su parecer al respecto y sin que sea posible inferir de sus expresiones una decisión futura (fs. 13).

4. La OSCBA dedujo recurso de inconstitucionalidad contra esa resolución (fs. 15/33) que fue denegado por la Cámara (fs. 34) lo que motivó la presentación de una queja ante el tribunal (35/49).

5. El fiscal general adjunto se pronunció por el rechazo del recurso de hecho intentado (fs. 70/72).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso de queja fue deducido en forma correcta y en tiempo oportuno (art. 33, ley 402); sin embargo, él debe ser rechazado porque no reúne los requisitos mínimos para ser tratado.

2. En efecto, la decisión del tribunal *a quo* que, en el caso, rechazó el pedido de recusación con causa, no es susceptible de revisión por la vía del recurso de inconstitucionalidad, por no constituir *sentencia definitiva o equiparable* a tal.

La decisión recurrida no reviste carácter definitivo pues no se pronuncia sobre el fondo de la cuestión debatida, cuya suerte, finalmente, podría ser favorable a la recurrente. Tampoco corresponde *equipararla* a un pronunciamiento de tal naturaleza, toda vez que la recurrente no demuestra que la decisión recurrida le produzca un agravio que por su magni-

tud o características será de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior.

Tanto en el recurso de inconstitucionalidad como en la queja que lo sostiene, la OSCBA se limita a manifestar dogmáticamente que existe en el caso un gravamen irreparable pero esta afirmación resulta insuficiente para demostrar ese extremo. Como lo he expresado en votos anteriores, corresponde a quien recurre una decisión que no es definitiva la carga de invocar y probar las circunstancias que permitan equipararla a tal, para que se justifique la intervención del tribunal en este estado del proceso (conf. “Asociación Civil Golf Club Lagos de Palermo s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Asociación Civil Golf Club Lagos de Palermo c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 2778/04, sentencia del 16/6/2004, y “Loñ, Carolina y otros c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 3033/04, sentencia del 12/8/2004).

3. La ausencia de este requisito (sentencia definitiva) no se suple por la invocación de disposiciones constitucionales, ni por la pretendida arbitrariedad del pronunciamiento (en igual sentido, para el recurso extraordinario, CSJN, *Fallos*, 302:890; 305:1929; 306:223, 224, 250; 307:1799; 308:1202, entre muchos otros).

4. Además, las decisiones que rechazan una recusación con causa remiten al análisis de aspectos de hecho y prueba que, por su naturaleza procesal, no habilitan el tratamiento de un recurso de inconstitucionalidad.

Aún si quisiera entenderse que en la especie se halla en juego la garantía del juez imparcial, el fallo impugnado cuenta con suficientes fundamentos de derecho procesal, sin que se advierta que lo resuelto resulte irrazonable. En verdad, la recurrente disiente con lo decidido por la alzada, sin efectuar una crítica precisa, fundada y razonada de los argumentos en los que se sustentó el fallo apelado.

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

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por la OSCBA a fs. 35/48 fue deducido en tiempo y forma (art. 33, ley 402). Sin embargo no puede ser admitido.
2. El recurso de inconstitucionalidad fue correctamente rechazado por la Sala II de la Cámara Contencioso Administrativa y Tributario de la Ciudad. En efecto, la decisión recurrida no configura sentencia definitiva a los fines del recurso intentado (art. 27, ley 402).

La quejosa intenta impugnar, a través del recurso de inconstitucionalidad, una resolución que rechaza la recusación con causa solicitada por la OSCBA. Como se puede apreciar, esta resolución no sólo no es definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad, sino que tampoco puede equipararse a tal en la medida que no pone fin al pleito, no impide la tramitación del juicio, ni puede equipararse a tal en la OSCBA no logra demostrar cuál es el gravamen de imposible reparación ulterior que la misma provoca (conf. voto del doctor Maier, voto del doctor Casás y mi voto en la causa “Fundación Navarro Viola c/GCBA s/demanda contra aut. adm. otros s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. 1467/02, sentencia del 17/4/2002).

3. La invocación de agravios de índole constitucional no suple la falta del requisito precedentemente señalado (conf. mi voto en la causa “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Obra social para la actividad docente (OSPLAD) c/GCBA s/ ejecución fiscal — otros’”, expte. 1895/02, sentencia del 5/3/2003).

4. Tampoco la invocación de la existencia de “gravedad institucional” permite la concesión del recurso, pues para la procedencia de esta causal es requisito *sine qua non* la existencia de *cuestión federal*, lo que no ocurre en autos, ya que “La invocación de gravedad institucional no puede sustituir la inexistencia de cuestión federal que exige el art. 100 de la C.N.” (*Fallos*, 311: 121).

Los jueces JULIO B. J. MAIER, LUIS F. LOZANO y JOSÉ O. CASÁS dijeron:

Adherimos al voto de la jueza Ana María Conde.

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

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja planteada por la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires a fs. 35/49.

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

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

VII

“MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA OFICIAL EN LO CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS N° 4— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘ENRÍQUEZ, RAFAELA S/INFRACCIÓN ART. 68 CÓD. CONTRAV. —NULIDAD— APELACIÓN”

**RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad. Sentencia definitiva.
Nulidad del acuerdo de juicio abreviado. Gravamen irreparable**

Expte. n° 3358/04 - 23/2/2005

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El defensor de Rafaela Enríquez interpuso queja (fs. 39/46) contra la resolución del día 5/10/2004 por la cual la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas resolvió, por mayoría, declarar inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad presentado contra la resolución (fs. 17/22 vta.) por la que se había confirmado la declaración de nulidad del acuerdo abreviado obrante a fs. 37/8 (fs. 2/3).

2. Al rechazar el recurso de inconstitucionalidad la mayoría de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas sostuvo básicamente que:

- a) el planteo no fue dirigido contra una sentencia definitiva en los términos del art. 27 de la ley 402;
- b) la defensa no planteó un caso constitucional, sino que se limitó a invocar en forma genérica principios constitucionales presuntamente vulnerados y a exponer su desacuerdo con la decisión recurrida; y

- c) en todo caso, la cuestión constitucional fue introducida en forma tardía, por cuanto del recurso de apelación no se desprende que haya efectuado reserva por agravio constitucional alguno (conf. fs. 34/37).

3. En la queja interpuesta el recurrente expuso los antecedentes del caso, criticó la resolución que rechazó el recurso de inconstitucionalidad y desarrolló los agravios que le causó a su defendido lo resuelto por la Cámara de Apelaciones. Así, argumentó que la interpretación dada por el juez de primera instancia y la Cámara a la letra de la última parte del art. 22 de la ley 10 contradice el principio constitucional de legalidad material, acorde los principios de razonabilidad y proporcionalidad (arts. 18 y 28, C.N. y 13.3, CCBA), *in dubio pro reo* (receptado por la legislación local en el art. 9º, Cód. Contrav.) y lesividad (arts. 13.9, CCBA, y 1º, Cód. Contrav.). Ello por cuanto el juez y la Cámara entendieron que al suscribirse acuerdo de juicio abreviado (art. 43, L.P.C.) respecto de un hecho encuadrable en el art. 68, Cód. Contrav., resultaba de obligatoria aplicación la sanción de arresto prevista en el art. 22 mencionado, no obstante haberse convenido en el acuerdo la aplicación de penas de apercibimiento y multa.

4. El señor fiscal general adjunto, al contestar la vista, solicitó que se hiciera lugar a la queja y se rechazara el recurso interpuesto.

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. La queja ha sido interpuesta en legal tiempo y forma. Contiene una exposición clara y ordenada de los antecedentes del caso así como una crítica directa de la resolución por la que se rechazó el recurso. Sin embargo, por las razones que se explicitan seguidamente, ella no puede ser admitida.

2. En primer lugar, corresponde señalar que, tal como reiterados pronunciamientos del tribunal lo establecen claramente, en principio, las decisiones referidas a medidas o provisiones adoptadas durante la tramitación del proceso previas a la acusación no constituyen sentencia definitiva en el sentido del art. 27 de la ley 402 (conf. “Santamaría Liste, Ángel c/GCBA s/recurso de queja”, expte. n° 124/99, resolución del 27/10/99 en CyJ, Fallos TSJBA, I-1999, Buenos Aires, 2001, pp. 588 y s.; “Najmias Little, Luis c/GCBA”, expte. n° 941/01, resolución del 11/6/2001 en CyJ, Fallos TSJBA, III-2001, Buenos Aires, 2004, pp. 245 y ss.; “Covimet S.A.

c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad”, expte. 2570/03 y “Covimet S.A. s/queja por recurso de apelación ordinario denegado, en: ‘Covimet S.A. c/GCBA s/medida cautelar’”, expte. n° 2461/03, resolución del 17/12/2003; y, más recientemente, “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 1/12/2004).

En la queja interpuesta la línea argumental desarrollada por la defensa no consideró los reseñados precedentes del tribunal procurando demostrar que el presente constituía un supuesto en el que el criterio del tribunal en la materia debía modificarse ni, como se demostrará seguidamente, agregó argumentos que salven el obstáculo de que la cuestionada es una sentencia que no pone fin al proceso ni es equiparable a una sentencia definitiva que permita su control por el tribunal conforme lo exige la ley 402.

3. La recurrente entiende que lo resuelto por la Cámara de Apelaciones implica mantener a su defendida sometida a la posibilidad firme de que se le imponga una pena de arresto, cuando el acuerdo de juicio abreviado, de haber sido aceptado, obturaba dicha alternativa y resolvía de manera definitiva el conflicto. Este perjuicio resultaría de imposible reparación ulterior, puesto que —a juicio de la recurrente—, de adquirir firmeza la resolución atacada, nunca más Enríquez podría acceder a la vía del juicio abreviado en las condiciones pactadas anteriormente con el señor fiscal.

Por su parte, el señor fiscal general adjunto (fs. 53 vta.) considera, en el mismo sentido, que de hacerse lugar a lo solicitado por la defensa, el tribunal de juicio se encontrará limitado en cuanto al monto y tipo de pena a aplicar, mientras que en caso de continuarse con el procedimiento y arribarse a juicio, dicha limitación no existirá. Así, la posterior revisión de la cuestión se tornaría imposible.

Estas consideraciones de la defensa y del fiscal para equiparar la decisión impugnada a una sentencia definitiva sobre la base de que causa un agravio insusceptible de reparación ulterior no logran el objetivo que se proponen. Contrariamente a lo sostenido por las partes, varios motivos imposibilitan arribar a esa conclusión.

En primer lugar, la resolución atacada no impide a Enríquez celebrar un nuevo acuerdo de juicio abreviado. *Anulado* el que motiva estas actuaciones, Enríquez tendrá una nueva audiencia con el fiscal y, si lo desea, pactará un nuevo acuerdo, que podrá o no ser homologado judicialmente.

En segundo lugar, aun cuando —como se alega—, la sentencia de la Cámara que confirma la nulidad del primer acuerdo pudiera impedir el replanteamiento de la cuestión en los términos primeramente acordados —lo que, vale insistir, no es correcto porque no ha quedado clausurada la posibilidad de que un nuevo juicio abreviado se base en las mismas condiciones antes pactadas—, lo relevante para resolver el caso *sub examine* es que la defensa no ha basado su agravio sobre este aspecto. En otras palabras, la defensa no se ha agraviado porque eventualmente no podría tener un nuevo juicio abreviado con las mismas características que el ya celebrado y anulado —ni podría haberlo hecho ya que no existe con rango constitucional algo así como el derecho a un juicio abreviado con determinadas características—. Por el contrario, el argumento constitucional de la defensa se ha centrado en la desproporcionalidad e irrazonabilidad de la pena que, como consecuencia de la resolución impugnada, en todo caso y eventualmente, se podría aplicar a Enríquez.

Por último, y relacionado con este último punto, estos agravios no son actuales, ya que la consecuencia de lo decidido es que el proceso siga su trámite en el que podrá o no celebrarse un nuevo juicio abreviado, con las mismas o diferentes características que el primero; podrá o no acusarse a Enríquez y podrá o no condenársela a alguna pena que entonces podrá ser considerada desproporcionada e irrazonable, y por tal razón motivo de agravio; pero no ahora. En tal sentido es pertinente señalar que el concepto de gravamen irreparable que permite en ciertos casos la equiparación de un auto interlocutorio a una “sentencia definitiva”, se encuentra ligado a la ausencia de otra posibilidad útil de obtener la tutela del derecho que se considera vulnerado. En el caso, el agravio que ocasionaría la resolución estaría dado —a criterio de la defensa— por la desproporcionalidad e irrazonabilidad de la pena que, según interpreta, será de aplicación a su defendida. Tal agravio —que, como sostuve, ni siquiera es actual—, de configurarse alguna vez, podrá encontrar remedio a lo largo del desarrollo de las instancias ordinarias del proceso, o bien a través de la intervención de este Tribunal al recurrirse la sentencia definitiva de la causa.

Contrariamente a lo sostenido por la defensa, no existe afectación constitucional por la sola “(...) posibilidad firme (...) de que se le imponga [a la recurrente] una pena de arresto” (fs. 39 vta.) ya que —reitero— aún no se dictó ninguna condena en la causa. La sujeción de una persona a un proceso que puede derivar en la imposición de sanciones perturba —innegablemente— el desarrollo de su vida cotidiana. No obstante, esta problemática fue receptada en la regulación constitucional al garantizarse la celebración de un juicio en un plazo razonable, respetuoso de las res-

tantes condiciones que conforman el debido proceso. Más allá de eso, no puede montarse un caso constitucional sobre la base de un derecho inexistente: el de ser sometido a un proceso en el que se excluya la posibilidad de aplicar determinadas penas o, en otros términos, en el que no se considere imperativa la imposición de una pena en particular (arresto).

4. En suma, tratándose de una resolución que no sólo no pone fin al proceso sino que, en el caso concreto, tampoco causa a quien impugna un agravio de imposible reparación ulterior, existe un obstáculo directo al tratamiento del recurso.

No es necesario pronunciarse respecto del resto de los motivos de agravio (el alegado conflicto de los principios constitucionales de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad con la interpretación del art. 22 de la ley contravencional —regla de derecho común— que los jueces de la causa realizaron), ya que éstos son inconducentes para la solución del asunto sometido a conocimiento del tribunal en virtud de la conclusión a la que se llegara más arriba.

Por las razones expuestas la queja interpuesta no puede prosperar.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Me adhiero al voto de la señora jueza de trámite sobre la base de dos argumentos sintéticamente expresados:

1. No se trata de una sentencia definitiva puesto que la decisión del señor juez contravencional así como la decisión de la Cámara Contravencional dicen, precisamente, todo lo contrario. El juicio seguirá su curso. La expresión del recurrente acerca de que su defendida “no podrá acceder a la vía del juicio abreviado en las condiciones pactadas anteriormente con el señor fiscal” (fs. 40) no es correcta.

2. Es clara la ausencia de agravio alguno, que no puede esconderse tras la cita de disposiciones constitucionales, cuando la ley concede al tribunal la facultad de rechazar el acuerdo y, en ese caso, llamar a juicio (art. 43, L.P.C.), facultad que no contraviene derecho fundamental alguno.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Por las razones que expone en su dictamen de fs. 53, comparto la solución propiciada por el señor fiscal general adjunto.

2. Si bien el recurso de inconstitucionalidad impugna una declaración de una nulidad procesal, resolución que por hipótesis no es la que pone fin al pleito, la recurrente busca tutela a un derecho sólo susceptible

de tutela inmediata. Sobre el particular sostuvo a fs. 39 vta./40 que “lo resuelto [por el *a quo*] conlleva a mantener a Enríquez sometida a la posibilidad firme [...] de que se le imponga una pena de arresto, cuando el acuerdo de juicio abreviado, de haber sido aceptado, obturaba dicha alternativa y resolvía de manera definitiva el conflicto [...] Este perjuicio resulta de imposible reparación ulterior, pues no existirá otra oportunidad procesalmente útil para arribar a dicho acuerdo, al menos en las condiciones pactadas con el señor fiscal en el acto invalidado [...]”. Ciertamente es que del camino que queda por transitar podrían derivar para el apelante tanto desventajas como ventajas, ya que tanto puede resultar condenado a una pena que cuestiona, en cuya ocasión podría traer el presente agravio, como absuelto, supuesto en que el agravio se tornaría abstracto. Pero, en cualquiera de esos supuestos habría visto esfumada la posibilidad de evitar los padecimientos del proceso pleno. Consecuentemente, la resolución recurrida debe ser equiparada a la definitiva, puesto que dispone definitivamente de ese impetrado derecho a consolidar la situación en los términos del acuerdo que el *a quo* desechó.

3. Por lo expuesto, voto por hacer lugar a la queja interpuesta, y rechazar el recurso de inconstitucionalidad por los fundamentos vertidos por el señor fiscal general adjunto a fs. 53 y ss. Costas a cargo de la vencida.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

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

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. La queja ha sido interpuesta en legal tiempo y forma. Sin embargo, ella no puede ser admitida.

2. En principio, las decisiones referidas a medidas o provisiones adoptadas durante la tramitación del proceso previas a la acusación no constituyen sentencia definitiva en el sentido del art. 27 de la ley 402 (conf. “Santamaría Liste, Ángel c/GCBA s/recurso de queja”, expte. n° 124/99, resolución del 27/10/1999, en *CyJ, Fallos TSJBA*, I-1999, Buenos Aires, 2001, pp. 588 y s.; “Najmias Little, Luis c/GCBA”, expte. n° 941/01, resolución del 11/6/2001 en *CyJ, Fallos TSJBA*, III-2001, Buenos Aires, 2004, pp. 245 y ss.; “Covimet S.A. c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 2570/03 y “Covimet S.A. s/queja por recurso de apelación ordinario denegado, en: ‘Covimet S.A. c/GCBA s/medida cautelar’”, expte. n° 2461/03, resolución del 17/12/2003; y, más recientemente, “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 1/12/2004).

3. Tal como lo sostiene en su voto la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, en este caso, la recurrente cuestiona una sentencia que no pone fin al proceso ni resulta equiparable a una sentencia definitiva que permita su control por el tribunal conforme lo exige la ley 402.

En efecto, la resolución atacada no impide a Enríquez celebrar un nuevo acuerdo de juicio abreviado. En tal sentido es pertinente señalar que el concepto de gravamen irreparable que permite en ciertos casos la equiparación de un auto interlocutorio a una “sentencia definitiva”, se encuentra ligado a la ausencia de otra posibilidad útil de obtener la tutela del derecho que se considera vulnerado. Contrariamente a lo sostenido por la defensa, no existe afectación constitucional por la sola “(...) posibilidad firme (...) de que se le imponga [a la recurrente] una pena de arresto” (fs. 39 vta.) ya que no se dictó ninguna condena en la causa. En los términos utilizados por el voto mayoritario de la sentencia de la Cámara que motivó la interposición del recurso de inconstitucionalidad, luego rechazado, “el señor juez (de primera instancia) únicamente se limitó a efectuar un examen de legalidad de la pena en abstracto conforme los parámetros fijados por las normas que rigen el caso” (fs. 71 vta., primer párrafo, autos principales).

En suma, tratándose de una resolución que no sólo no pone fin al proceso sino que, en el caso concreto, tampoco causa a quien impugna un agravio de imposible reparación ulterior, existe un obstáculo directo al tratamiento del recurso, por lo que la queja interpuesta no puede prosperar.

Así lo voto

Por ello, oído el señor fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Rechazar* el recurso de queja interpuesto a fs. 39/46.

2°. *Mandar* se registre, se notifique y oportunamente se devuelva el expediente remitido a este Tribunal junto con la presente queja, a la Sala I de la Cámara Contravencional.

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

VIII

“RUIZ, SERGIO DARÍO Y OTROS C/GCBA S/MEDIDA CAUTELAR S/CONFLICTO DE COMPETENCIA”

CONFLICTO DE COMPETENCIA. Competencia del fuero contencioso administrativo y tributario. Clausura de establecimiento comercial. Medida cautelar. Ejecutoriedad del acto administrativo. Poder de policía

Expte. n° 3670/04 - 23/2/2005

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Llegan estos autos a decisión del tribunal ante la contienda negativa de competencia trabada entre los titulares del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 7 y del Juzgado de Primera Instancia en lo Contravencional y de Faltas N° 5, quienes se declararon sucesivamente incompetentes para conocer en las medidas cautelares autónomas iniciadas por los trabajadores señores Sergio Darío Ruiz, Pedro Eugenio Acosta, Víctor Damián González, Hernán Marcelo Flores y Diego Martín Pate (fs. 1/3) y quien invoca ser socio gerente de Gonzalo S.R.L., Sr. Fernando Santín (fs. 43/8), contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

2. El fiscal general adjunto, en su dictamen, postula la competencia de la justicia Contenciosa Administrativa y Tributaria (fs. 57/8).

FUNDAMENTOS:

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

1. Los citados trabajadores de la empresa Gonzalo S.R.L. solicitaron ante el fuero Contencioso Administrativo y Tributario el dictado de una medida cautelar autónoma contra el Gobierno de la Ciudad en los términos del arts. 177 y ss. del CCAyT, a fin de obtener el levantamiento de la clausura del garaje sito en San Martín 474 (P.B.; S.S., 1° y 2° pisos), de esta Ciudad.

En sustancia, argumentaron que la explotación comercial realizada por su empleadora es legal, porque no interfiere la vía pública, ni causa

peligro a la salud o la seguridad pública de conformidad a lo establecido por el art. 29 de la L.P.C. (fs. 2), y sostuvieron que la resolución de clausura es “desmedida” y violatoria de sus derechos de defensa, a trabajar y a ejercer industria lícita (conf. arts. 18, 17 y 14, C.N.; arts. 12, inc. 5º y 13, inc. 2º, CCBA y art. 29 de la L.P.C., véase fs. 1/3).

Manifestaron, asimismo, que iniciarán “como demanda de fondo el planteo de Inconstitucionalidad del Código de Planeamiento Urbano en cuanto prohíbe la habilitación de un garaje o estacionamiento en la zona de micro centro” (fs. 2 vta.).

2. Con el mismo patrocinio letrado y en idénticos términos, con la sola excepción de fundar la competencia del fuero contravencional (véase punto IV), se presentó a fs. 43/8 Fernando Santín, quien dijo ser el representante legal de la empresa Gonzalo S.R.L.

3. Del relato de los hechos expuestos por los actores en sus escritos iniciales como de la lectura de la disposición 410/DGFyC/04 —dictada por el Director General de Fiscalización y Control— Subsecretaría de Control Comunal —Secretaría de Justicia y Seguridad Urbana del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— que ordenó la clausura del establecimiento comercial por desarrollar una actividad de uso no permitido (conf. art. 5.3.3, Código de Planeamiento Urbano —AD 610.18—, véase fs. 19), se advierte que el instrumento cautelar se dirige contra la ejecutoriedad de un acto administrativo dictado por el Gobierno de la Ciudad en ejercicio de la actividad de policía, lo que torna a la cuestión de competencia del fuero contencioso administrativo y tributario (conf. arts. 1º y 2º, CACyT y doctrina del tribunal en “Yalonzky, Bernardo y otros c/GCBA y otros s/conflicto de competencia”, expte. nº 3365/04, resolución del 24/11/2004).

A reafirmar la conclusión precedente concurre la circunstancia de no se advierte que la medida precautoria esté dirigida “...contra actos dispuestos por la autoridad administrativa que hayan derivado en la formación de algún expediente de faltas” (conf. este Tribunal, *in re* “Argañaraz, Mercedes Jesús y otros c/GCBA (Dirección General de Habilitaciones y Verificaciones) y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia”, expte. nº 1187/01, resolución del 13/9/2001 y más recientemente en “Silveira Urrutia, César y otros c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia”, expte. nº 3373/04, resolución del 24/11/2004).

En el caso, la Dirección de Fiscalización y Control local entendió ejercer el poder de policía en materia administrativa pues notificó el

acto e indicó las vías de impugnación en los términos del dec. 1510/97 (fs. 20)

4. Además, el modo en que se planteó esta causa —proceso promovido por particulares— no está contemplado por la normativa contravencional (L.P.C.) como medio para instar la intervención judicial en la materia. Tampoco la autoridad de aplicación siguió el procedimiento previsto por el Código de Procedimientos de Faltas (art. 8º, ley 1217). Estas circunstancias impiden reconocer competencia a la justicia contravencional y de faltas para intervenir en este pleito que corresponde al fuero contencioso administrativo y tributario.

Por esas razones votamos por atribuir el conocimiento del caso al juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 7.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ, dijo:

Adhiero a los puntos 1, 2, 3 párrs. 1º y 2º del voto de mis colegas Ana María Conde y Luis F. Lozano.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Me adhiero al voto que antecede. Se trata de adjudicar la competencia al juez que previno, criterio que he sostenido como plausible a fin de evitar que se desnaturalice la vía intentada por los actores (conf. puntos 2 y 3 de mi voto en “Yalonetzky, Bernardo y otros c/GCBA y otros s/conflicto de competencia”, expte. n° 3365/04, sentencia del 24/11/2004 y puntos 4 y 5 de mi voto en “Silveira Urrutia, César y otros c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA] s/conflicto de competencia”, expte n° 3373/04, sentencia del 24/11/2004).

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

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Declarar* la competencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario n° 7 para intervenir en el caso.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique al señor fiscal general adjunto, se ponga en conocimiento del titular del juzgado de Primera Instancia en lo Contravencional y de Faltas N° 5 y se remita el expediente al juzgado declarado competente.

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

IX

“ESTENSSORO, MARÍA EUGENIA S/PEDIDO
DE REVOCATORIA DE MANDATO”

REVOCATORIA DE MANDATO:**Intervención del jefe de Gobierno. Medidas preventivas**

Expte. nº 3826/05 - 24/2/2005

VISTO:

El expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

Se presenta María Eugenia Estenssoro con invocación de su carácter de electora y de legisladora de la Ciudad de Buenos Aires y solicita al tribunal que “en su calidad de órgano de contralor de la acción de revocatoria [de mandato] regulada constitucionalmente, adopte medidas precautorias para impedir se altere la licitud y transparencia de la acción iniciada” respecto del jefe de Gobierno, señor Aníbal Ibarra.

En sustancia, ella expresa que las declaraciones públicas del jefe de Gobierno, funcionarios de la administración pública local y aliados políticos acerca de que colaborarán en la recolección de firmas que exige el trámite del instituto, corrompen su esencia y lo convierten en una acción de ratificación del mandato del funcionario cuestionado.

Lateralmente, la petición introduce la sospecha de que podrían utilizarse recursos humanos y materiales del Estado con ese cometido.

Agrega, asimismo, que el padrón de la Ciudad no verifica la verdadera cantidad de electores de la Ciudad y torna la cifra exigida para el referéndum de revocatoria en absolutamente ilusoria.

Finalmente pide que el tribunal dicte medidas preventivas y ordene: *a)* al jefe de Gobierno que se abstenga de intervenir en cualquier fase del proceso de la acción de revocatoria de su mandato; *b)* al nombrado, a los demás funcionarios de la Administración pública local y al presidente de la Legislatura que se abstengan de usar personal contratado bajo cualquier forma jurídica para la recolección de firmas y cualquier otro acto de promoción de la acción de revocatoria; *c)* que se requiera al jefe de Gobierno que informe —y en su caso detalle— si a la fecha ha usado recursos de cualquier naturaleza para el impulso y promoción de la acción de revocatoria de su mandato; y *d)* en caso positivo, que se ordene cesar la

acción mencionada. Por último, también pide que se ordene la revisión del padrón electoral de la Ciudad y su modificación a los fines del cumplimiento de los requisitos del art. 67 de la CCBA, y se informe a la ciudadanía de la Ciudad los requisitos formales para el ejercicio de la acción de revocatoria de mandato, para evitar la confusión y la inducción a error.

FUNDAMENTOS:

1. En el marco de un procedimiento de revocatoria de mandato la Constitución y la ley han atribuido al Tribunal, de modo expreso, diversas funciones: *a)* abrir el trámite (si se están reunidos los requisitos correspondientes) y entregar a los electores promotores las planillas que manda la ley (arts. 67, CCBA y 6º, 7º y 8º, ley 357); *b)* recibir las planillas y, cuando los promotores declaren que han alcanzado el porcentaje de firmas exigidas, verificar su legitimidad y validez (arts 67, CCBA y 10 y 11, ley 357); convocar a referéndum de revocatoria de mandato constatado el extremo anterior, o bien rechazar la petición (arts. 67, CCBA y 12 y 13, ley 357); y *d)* organizar, dirigir y fiscalizar el acto electoral (art. 113, inc. 6º, CCBA; art. 26, inc.3º, ley 7; art. 17, ley 357, y disposición transitoria n° 1, ley 89). Bien podría entenderse también como implícitamente otorgadas otras facultades instrumentales para el cumplimiento de las anteriores o que deriven de la necesidad de poner orden en el proceso destinado a verificar si están dadas las condiciones de convocatoria a referéndum, para que él se lleve a cabo conforme la CCBA y la ley lo mandan.

Las funciones correctoras de la prédica del jefe de Gobierno, que reclama la presentante, Sra. diputada Estensoro, deben ser analizadas, en primer término, en el marco del derecho de todo individuo a expresar libremente sus ideas, que resguardan la C.N. y la CCBA, y por el efecto que pueden tener esas expresiones en la actividad que desempeña el TSJ. Con esa perspectiva, las manifestaciones del jefe de Gobierno que la Sra. diputada cuestiona podrán parecer inconsecuentes con los intereses que a aquél le tocaría defender; pero no afectan la marcha del trámite, o quizás, propenden a que desemboque en el máximo producto que puede provenir de él: la realización de los comicios. Consecuentemente, está fuera del alcance del tribunal la corrección que pretende la diputada Estensoro y compete, en todo caso, a quienes participan de la competencia política en la Ciudad esclarecer a la opinión pública acerca de aquello que estimen inconducente o distorsionador en el discurso de sus contrincantes.

En otras palabras, cumplidos los requisitos formales, ni la Constitución ni la ley habilitan al tribunal a impedir que el jefe de Gobierno o alguna otra persona, en lugar de resistir el procedimiento, tienda a facilitarlo o a estimularlo, y a quienes simpatizan con la idea, a hacer lo propio. Ello no entorpece por sí la marcha del trámite ante el Tribunal.

2. La sospecha de la señora diputada acerca de que se utilizarían “recursos humanos y materiales del estado” para recolectar las firmas o promover la recolección de las firmas que exige la ley, constituye —en principio— una imputación, presumiblemente de naturaleza penal, ajena a la competencia del tribunal Superior de Justicia, y en hipótesis también a la de la justicia que actualmente encabeza.

3. La ley manda utilizar —a todos sus efectos, art. 2º, ley 357— el padrón de la última elección de autoridades locales, con lo cual, en principio, no resulta procedente realizar depuración alguna sobre él: la letra de la ley indica utilizar el mismo padrón de esa última elección que, para el caso, es, al menos por el momento, el correspondiente a los comicios de agosto/septiembre del año 2003.

Sin perjuicio de lo expuesto, es menester señalar que el Tribunal Superior de Justicia solo administra el registro y el padrón de electores extranjeros de la Ciudad. No administra ni el registro ni el padrón de electores nativos —que tiene un total de inscriptos superior a los 2.500.000— porque no existe ley electoral de la Ciudad que así lo disponga.

En materia de “padrón” de la Ciudad de electores nativos, el Tribunal Superior de Justicia depende del que le concede la justicia federal electoral, razón por la cual también esta cuestión es ajena a la competencia del tribunal.

4. Finalmente, la presentante solicita que el tribunal informe a la ciudadanía cuáles son los requisitos formales del instituto de revocatoria de mandato “para evitar la confusión e inducción al error”. En otras palabras, ella solicita que haga docencia con la “ciudadanía”, más allá de la que naturalmente efectúa a través de sus sentencias o de su actuación funcional con arreglo a la Constitución y a la ley.

Esta necesidad, la de instruir adecuadamente acerca del funcionamiento de las instituciones democráticas en general, tiene un elemento informal pero sustancial que es la práctica. Pero fundamentalmente debe tener un elemento formal a través de la difusión orgánica de su funcionamiento y utilización a través de campañas estatales permanentes o coyunturales, inclusión en planes de estudio, asignaturas específicas, prácticas cotidianas, etc., que permitan crear la conciencia cívica de su finalidad y uso correcto.

Lo expuesto puede advertirse respecto a elementos de la democracia de articulación permanente, que suelen estar sometidos a frecuentes crisis (a título de ejemplo puede citarse a la función de los partidos políticos o de los comicios en general, a la función e importancia de las autoridades de mesas de votación en particular, etc.), o a los instrumentos novedosos de la democracia de participación como lo son la audiencia pública, la iniciativa popular, la consulta popular y el referéndum y, en particular, la revocatoria de mandato.

Pero tampoco es el tribunal el que tiene la función de encarar tal cometido y, por lo demás, dentro de límites racionales y mesurados ha emitido comunicados de prensa explicativos. No está demás recordar, para finalizar este aspecto de la presentación, que la comunicación del tribunal debe ser esencialmente la que resulte de la difusión de sus sentencias, cuya forma, cabe admitir, no está diseñada para el mejor y más rápido esclarecimiento del público sino, en procedimientos de esta especie, para el resguardo de los derechos de los vecinos. Afortunadamente, mientras en la función de arbitrar lealmente el tribunal es único responsable, no lo es en la inestimable función de comunicar, cuyo desarrollo pueden tomar a su cargo todos los miembros de esta sociedad dotados de la confianza que la imagen de cada uno despierte en los receptores del mensaje.

Finalmente, es de toda evidencia que la razón por la que no compete a un tribunal suministrar explicaciones acerca del trámite de los procesos que le están sometidos resulta ser el asegurar que una manifestación vertida originariamente con el propósito de esclarecer no termine convirtiéndose, en el devenir del expediente, en un prejuzgamiento.

5. Por otra parte, en lo puntual, el tribunal ha procurado esa comunicación con su sentencia que rechazó la petición del jefe de Gobierno de prescindir del requisito de la reunión del porcentaje de firmas exigido por la ley (véase fotocopias de recortes de diario —acompañados por la presentante— de fs. 27, 32, 33, 34, 35, 37 y 38).

También el tribunal ha procurado, en la instrumentación de las planillas destinadas a la recolección del número de firmas necesario para pasar a la etapa del referéndum, que, en lo esencial, ellas respondan al modelo normalizado por la ley 357, al que le han sido agregadas referencias puntuales a la identificación del expediente en el que tramita el pedido, al tipo de documento que debe consignarse (el documento cívico), a la condición necesaria de elector inscripto en el padrón que manda el art. 2º de la ley y a la emisión de ellas por el tribunal (firma y sello digitalizados del secretario del tribunal).

Pero además, en particular, de los elementos estipulados en el Anexo de la ley 357, en la planilla se destaca la identificación del funcionario (para que el eventual firmante tenga claro respecto a quien se promueve el procedimiento de revocatoria de mandato) y la causal de revocatoria invocada por los electores promotores del trámite —en el *sub examine* “mal desempeño de su función en relación al caso República Cromañón”— para que el objeto resulte indudable para el posible adherente que comparece a estampar su firma.

La misma planilla enseña entonces que quien debe poner su rúbrica ha de ser el elector porteño que está de acuerdo en que el jefe de Gobierno sea sometido al referéndum que, llegado el caso, deberá ser convocado a tal efecto.

En fin, la multiplicidad de motivaciones que puede tener un vecino para suscribir las planillas de acceso al *referéndum* muestra que, más allá de cual sea el sentido que la Constitución y la ley le otorgan al instituto de la revocatoria de mandato —y a la etapa de recolección de firmas en particular—, cada elector le podrá dar su propio sentido y firmar la planilla, sin que el tribunal pueda controlar algo al respecto, no sólo porque no está habilitado para ello, sino porque sería materialmente imposible hacer algo, más allá de intentar una simple tarea docente que sólo es de su incumbencia dentro de los carriles ya señalados.

Lo propio ha ocurrido en distintas ocasiones, cuando los partidos o candidatos han propiciado o reprochado el voto nulo o el voto en blanco, o cuando los propios electores utilizan tales sufragios —en ambos supuestos— atribuyéndoles sentidos distintos a los otorgados por el legislador.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Rechazar* la presentación de fs. 144/146.

2°. *Mandar* se registre, se notifique y se archive.

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

X

“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.’”

RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad. Reincidencia.

Principios de culpabilidad y de *ne bis in idem*.

Determinación de la pena. Antecedentes penales. Condena condicional. derecho común. Beneficio de litigar sin gastos. Depósito

Expte. n° 3562/04 - 25/2/2005

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La defensa de David Daniel Prescava viene en queja (fs. 56/70) por denegatoria del recurso de inconstitucionalidad que interpuso contra la sentencia de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas (fs. 50/53 vta.), confirmatoria de la de primera instancia, que lo condenó a la pena de un año y siete meses de prisión de efectivo cumplimiento como autor del delito de portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización, reprimido por el art. 189 bis, párr. 3º, C.P., lo declaró reincidente y ordenó decomisar el arma, las dos municiones y la llave tipo ganzúa secuestradas (fs. 9/16, vta.).

2. Adujo en el recurso denegado que la pena impuesta no resulta de la aplicación sistemática de un método adecuadamente justificado, y que el sentenciante adoptó un punto arbitrario de ingreso en la escala penal, desconociendo así lo dispuesto por el art. 2º del CPPN y vulnerando el derecho de defensa. En unión a ello, el fallo habría omitido establecer las circunstancias agravantes sobre cuya base individualizó la pena hasta llevarla a un año y siete meses de prisión. Además, según la defensa, suplió al Ministerio Público en la justificación del *quantum* de la pena de prisión, actitud que importaría violación al derecho de defensa y al sistema acusatorio (art. 13 inc. 3º, CCBA y 18, C.N.). También señala que la declaración de reincidencia que dispuso el sentenciante, al repercutir condenas anteriores en la medida de la actual, constituiría una violación del *ne bis in idem* y un castigo determinado no en razón del hecho sino de la condición del autor, todo lo cual pugnaría con las garantías de los arts. 18, 19 y 33 de la C.N., art 10 de la CCBA.

Por otro lado se agravó de que los antecedentes del imputado se hayan valorado no solamente para declararlo reincidente sino para incrementar la pena. Esta solución, a la que calificó de “doble agravamiento de la situación procesal de David Prescava”, vulneraría, a su juicio, la prohibición de la doble valoración, que es requisito de coherencia interna de la sentencia, cuyo desconocimiento en el caso lleva nuevamente a la violación del *ne bis in idem*.

Imputa al *a quo* haber violado la prohibición de la doble valoración y la división de poderes, al sostener que no se midió en el caso la pena por la magnitud del delito y la particularidad del caso, sino como medio para garantizar la obediencia del resto, pues, a su entender, ello importa apoyar la sanción en argumentos de prevención general, cuya adopción o abandono serían privativos del legislador. También se agravó porque se utilizaron exigencias de prevención especial para mensurar la pena, sin especificarse qué pauta se tomaba para graduar la sanción en este caso

concreto, afectándose la regla constitucional del derecho penal de acto (C.N., 18, oración 1 y 19).

Finalmente, la recurrente sostuvo que la falta de tratamiento de la totalidad de los agravios planteados en el recurso de apelación interpuesto vulneraría el derecho al recurso incorporado expresamente por los pactos de derechos humanos a la C.N, en el art. 75 inc. 22 (CADH, 8°, n° 2, h] y PIDCP, 14, n° 5) y por el art. 13, inc. 3° de la CCBA, así como el derecho al debido proceso y el de defensa en juicio (art. 18, C.N.).

3. La Cámara *a quo* rechazó el recurso por estimar que los agravios no constitufan, con arreglo al art. 27 de la ley 402, supuestos del recurso de inconstitucionalidad, sino meras discrepancias con la aplicación de los arts. 41 y 50 del C.P., cláusulas cuya validez, según el tribunal *a quo*, no fueron puestas en tela de juicio por la recurrente.

4. La defensa sostiene que esa resolución denegatoria trató “parcialmente” sus agravios y que se excedió en el juicio de admisibilidad arrogándose funciones propias del tribunal *ad quem*. Señala, además, que el *a quo* debió tratar la inconstitucionalidad del art. 50 del C.P. “ya que se desprende claramente de los libelos recursivos (...) que se cuestionó el instituto de la reincidencia en sí (...) y la aplicación del mismo en el caso concreto, y que aunque no se hubiera hecho, si los jueces hubieran entendido que correspondía plantearla tenían la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de oficio” (fs. 56/70, véase fs. 61 vta.).

5. Al contestar la vista que le fue conferida, el señor fiscal general adjunto se pronunció por el rechazo de la queja articulada por cuanto:

- a) la recurrente no hizo más que reiterar su disenso con la decisión judicial adversa, sin introducir claramente ninguna cuestión constitucional hábil para excitar la instancia de excepción;
- b) no existió arbitrariedad alguna, ni se ha vulnerado el derecho de defensa en juicio ni el que hace a la doble instancia desde que se respondieron puntillosamente todos los agravios vertidos contra el fallo condenatorio; tampoco han existido aspectos sin responder, sino que la defensa le otorga carácter de argumentos independientes a elementos genéricos de su discurso integral;
- c) la defensa realiza una interpretación dogmática y extensiva del principio *ne bis in idem* que no se compadece con el alcance puntual que le otorga nuestro sistema constitucional, de manera que no existe en el caso colisión alguna entre la aplicación de la ley, el modo en que fue determinada la pena y el ordenamiento jurídico superior; y

- d) la existencia del caso constitucional hace a las formas sustanciales de los recursos limitados o extraordinarios, con lo que la Cámara de Apelaciones actuó dentro de sus facultades al rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto.

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. El recurso de queja cumple con los requisitos formales para ser tratado: fue interpuesto oportunamente, ante quien corresponde y con las formalidades impuestas por la ley. Empero, no muestra haber presentado a los jueces de grado un cuestionamiento a la constitucionalidad de los arts. 41 y 50 del C.P., temática que la Cámara no se considero obligada a tratar por las razones expuestas en la denegatoria del extraordinario. En tales condiciones, y en ausencia de un vicio que torne insostenibles los fundamentos de la sentencia condenatoria, las cláusulas constitucionales invocadas carecen de relación directa con lo resuelto. Consecuentemente, el recurso fue bien denegado y corresponde rechazar la queja.

2. No asiste razón a la recurrente cuando asegura que la Cámara excedió los límites de su competencia al declarar inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad por considerar que la impugnación allí formulada no tiene vinculación directa con las reglas o principios constitucionales invocados. Tal como afirma el fiscal del tribunal en su dictamen, por tratarse el recurso cuya admisibilidad analizó la Cámara, de una apelación de carácter extraordinario, el tribunal *a quo* debe expresar, si la impugnación versa sobre uno de los casos extraordinarios que permiten abrir la instancia. A su vez, la queja constituye precisamente el correctivo del error y eventualmente del exceso, si lo hubiere.

3. Según ya fue señalado, a criterio de la Cámara, la inconstitucionalidad de los arts. 41 y 50 del C.P. no fue oportunamente propuesta. Toda vez que, como principio, incumbe a los jueces de la causa establecer el contenido de los planteos que les son formulados y pronunciarse acerca de su oportunidad y las formalidades que deben reunir, no es razón suficiente para remover, como pretende la defensa, la decisión de la Cámara, considerar que los argumentos vertidos a propósito del *ne bis in idem*, principio de culpabilidad y derecho penal de acto obligaban a tener por implícitamente articulado el planteo de inconstitucionalidad y tratarlo. Así las cosas, proponer la cuestión a este Tribunal supone pretender que asuma una intervención de naturaleza originaria vedada por el art. 113 de la CCBA. Ello sentado y en la medida en que lo resuelto encuentra apoyo en

las normas penales de fondo ya mencionadas y particularmente en el art. 41 del C.P., las reglas constitucionales invocadas carecen de relación directa con lo resuelto.

No obstante su esmero y solvencia técnica, la argumentación de la defensa no consigue sortear dos aspectos centrales del análisis que hizo el *a quo*. Por una parte, el art. 41 del C.P. resulta suficiente para sustentar el *quantum* de la pena, aspecto centralmente cuestionado del pronunciamiento. Vale señalar que los antecedentes en que se funda la declaración de reincidencia no son en la sentencia determinantes concretos de una porción específica de la pena. Por otra parte, la Cámara fue cuidadosa en señalar que, al momento de analizar la aplicación del art. 50 del C.P., tuvo en cuenta la circunstancia de que “el condenado debió saber que le iría mucho peor de volver a delinquir [y ello] conlleva la obligación de determinar que el autor pudo elaborar el reproche anterior e incorporarlo como momento reflexivo”, por lo que, así interpretado el instituto por la Sala I CCF, no se aparta del principio de culpabilidad. Razonamiento que también conduce a descartar alguna afectación del *ne bis in idem* pues no hay doble sanción por un mismo hecho.

4. La determinación del punto de ingreso a la escala penal por el cual se comienza a medir la pena, no involucra regla constitucional alguna. En todo caso, se trata de una cuestión de derecho común (C.N., 75, inc. 12), cuya interpretación no incumbe por sí sola al tribunal.

5. Por lo demás, cabe recordar que la CSJN tiene dicho que “La doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados (...), sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la ‘sentencia fundada en ley’ a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N.” (*Fallos*, 312:246, 389, 608, entre otros) —conf. el voto de la mayoría en “Arias de Álvarez, Lidia s/art. 47 s/recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 312/00.

6. La defensa se agravia de la falta de tratamiento de la totalidad de los agravios planteados en el recurso de apelación oportunamente interpuesto alegando que dicha circunstancia ha vulnerado el derecho al recurso, al debido proceso y de defensa en juicio de su defendido.

Cabe también recordar, a este respecto, la doctrina según la cual no pesa sobre el juez el deber de seguir a las partes en todas sus alegaciones sino tan sólo en aquellas que resulten conducentes (*Fallos*, 310:272; 310:267; 310:1835 entre muchos otros).

7. En cuanto al depósito previsto por el art. 34 de la ley 402, corresponde diferir su consideración para una vez que se dicte sentencia definitiva en el trámite de beneficio de litigar sin gastos iniciado por el imputado, criterio que se compadece con el sostenido por la CSJN [acordada 54/91 del 5/11/1991 y *Fallos*, 282:208 y 323:41, entre otros]. El trámite de este incidente torna actualmente insustancial expedirse sobre los planteos formulados en el punto VI, aparts. 2 y 3 de la queja.

Por las razones expuestas voto por que se rechace la queja planteada a fs. 56/70.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero al voto del señor juez de trámite, Dr. Luis F. Lozano.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Adhiero al voto del señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano. Sobre la cuestión de la integración del depósito previsto en el art. 34 de la ley 402, también coincido con la solución antedicha, pues expresa la postura que sostuve al momento de resolver la causa “Empresa de Transporte Pedro de Mendoza CISA —causa 459-CC/00— s/recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado”, expte. n° 724/00, sentencia del 14/2/2001 (*CyJ*, *Fallos TSJBA*, III-2001, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 16 y ss.) y que ahora reafirmo.

Así lo voto.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El recurso de queja cumple con los requisitos formales para ser tratado: fue interpuesto en el plazo oportuno, ante quien corresponde y con las formalidades impuestas por la ley.

En cuanto al contenido, la queja posee un relato de los hechos del proceso y una crítica fundada de la resolución que rechazó el recurso de inconstitucionalidad.

2. El núcleo de todos los agravios de la defensora se halla en la determinación de la pena. De tal manera, queda fuera de cuestión y firme el fallo sobre la culpabilidad.

3. La defensora no tiene razón cuando expresa que el tribunal de mérito, que dictó la sentencia impugnada —confirmatoria de la de primera instancia—, ha excedido los límites de su competencia para la admisibilidad del recurso en la decisión que lo rechaza, en el sentido de haber expresado que no se trata de una impugnación vinculada directamente a reglas o principios constitucionales. En ello tiene razón el fiscal del tribunal en su dictamen, al advertir que se trata de recursos limitados en sus motivos o extraordinarios, en los

cuales el tribunal *a quo* debe expresar, para conceder o rechazar el recurso, si la impugnación versa sobre uno de los casos limitados que permiten abrir la instancia. Y la opinión del tribunal de mérito es contraria a esta afirmación, cualesquiera que hayan sido las palabras utilizadas.

4. Pero la defensora tiene razón en expresar que esa resolución, con esa afirmación, en principio, resulta equivocada. La defensora estima, entre otras cosas, que la pena se ha medido con lesión de dos principios básicos del procedimiento penal, el que impide la persecución penal múltiple (*ne bis in idem*) y el que, como consecuencia del derecho penal de acto que impone el Estado de derecho, funda la pena en la *culpabilidad* personal del autor (reproche por la ilicitud).

En el primer caso estima que declarar reincidente a una persona y agravarle por ello la pena no sólo implica juzgarla de nuevo por hechos ya juzgados y castigados por otro tribunal, sino, también, lesiona la prohibición material de doble valoración del dato. En el segundo caso, se opone más radicalmente a la reincidencia porque ésta refleja una concepción propia de un “derecho penal de autor” y escapa a la reprochabilidad sólo del hecho ilícito según un estricto “derecho penal de acto”, propio del Estado de derecho. Si el principio *ne bis in idem* y el llamado *principio de culpabilidad* tienen anclaje constitucional —y lo tienen, en verdad: explícitamente el art. 13.9, CCBA, y desde el principio de legalidad material en los arts. 18 y 19, C.N.; art. 9º, CADH, y art. 15, PIDCP—, pues entonces la defensora —tenga razón o carezca de ella— ha planteado un caso de aplicación de reglas constitucionales, de aplicación de reglas comunes contrarias a las constitucionales y, por ello, inválidas en su opinión, o, cuando menos, de falsa interpretación de reglas comunes —medición de la pena— en consenso con aquellos principios constitucionales.

5. Sin embargo, intentaré demostrar la razón por la cual estos casos constitucionales son meramente aparentes —construidos sólo para fundar la impugnación— en relación con las sentencias de este proceso.

- i) Por un lado, tanto la sentencia de primera como la de segunda instancias desarrollan y fundan la pena aplicada en el caso. El recurrente no atacó por inconstitucional el art. 41, párr. 2º, del C.P. que autoriza a los jueces de la causa a considerar los antecedentes de un imputado a la hora de graduar la sanción a imponer. De manera que, en el caso, los jueces hicieron lo que la ley les mandaba y valoraron los antecedentes de Prescava en el sentido por ellos descripto y en estricta aplicación de la ley de fondo que, vale la pena reiterar, la defensora no impugnaba como contraria a la Constitución Nacional con lo cual no abría la instancia.

ii) Por otro lado, la declaración formal de reincidencia no constituye agravio actual alguno. En efecto, 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. Por lo demás, si bien es cierto que los jueces mencionaron la reincidencia como elemento a tener en cuenta a la hora de graduar la pena a imponer, lo cierto es que una lectura global de la sentencia de la Cámara permite advertir que ellos se refieren a la circunstancia de que Prescava tiene antecedentes penales. Esos antecedentes son utilizados en la sentencia para, conforme al art. 26, C.P. —que tampoco ha sido impugnado y no hay razón alguna para que lo sea—, rechazar la posibilidad de una condenación condicional, sólo permitida para la primera condenación a pena privativa de libertad o cuando, después de esa primera condenación, ha transcurrido un cierto lapso. Según se observa, no es la reincidencia sino las condenas anteriores, alguna de ellas firme como tal, la utilizada en el razonamiento. Y esas condenas no se esgrimen para agravar la pena, específicamente, sino, antes bien, para no conceder la condenación condicional, que ya antes había sido concedida y revocada por la comisión de un nuevo delito.

6. Tampoco se trata de un argumento que parta de un agravio constitucional la determinación del punto de la escala penal —mínimo, medio, máximo— por el cual se comienza a medir la pena, cuestión largamente discutida entre los penalistas e introducida también por la defensa como agravio. En todo caso, se trata de una cuestión de derecho común, de legislación nacional pero de interpretación local (art. 75, inc. 12, C.N.). La Constitución nada dice al respecto, pero tampoco el derecho común establece un punto de apoyo para alguna de las tesis. Y lo cierto es que tanto la sentencia de primera instancia como la de apelación han valorado las circunstancias de hecho verificadas para medir la pena y los criterios del art. 41 del C.P., e indicado su funcionamiento positivo o negativo para arribar a la pena impuesta, matemáticamente algo menor a la media de la escala.

7. Si, como dijimos, no hay doble valoración de una circunstancia —porque no se condena fundado en los antecedentes del condenado—, tampoco puede sostenerse que la reincidencia, por sí misma, constituya una infracción a la prohibición del *bis in idem*, según lo pensaron algunos clásicos. En el caso no es así pues su “declaración” —que quizás sólo debió ser fundamento y no punto de la parte resolutive de la sentencia—,

como se expresó, no condujo a desmejora alguna real o presente de la situación jurídica del condenado.

8. Por las razones expuestas coincido con el dispositivo propuesto por el señor juez de trámite.

9. No coincido, en cambio, con la apreciación del señor juez de trámite acerca de la eventual necesidad del depósito (ley 402, art. 34) por parte de los defensores oficiales, conforme a decisiones mías anteriores que cita la misma defensora recurrente (fs. 67 vta./69). Sin embargo, como diferir el tratamiento de esta cuestión no significa de manera alguna imponer el depósito, no considero necesario apartarme del dispositivo propuesto en este punto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Coincido con la opinión de mi colega Julio B. J. Maier, desarrollada en los puntos 1, 2, 3, 4, 5 y 7 de su voto, a los que por razones de brevedad me remito.

2. Respecto de la determinación del punto de la escala penal por el cual se comienza a medir la pena, entiendo que la defensa tampoco ha logrado articular una cuestión de índole constitucional. En efecto ni la Constitución ni la ley dicen nada al respecto, y lo cierto es que ambas instancias han valorado las circunstancias de hecho de acuerdo al art. 41 del C.P. cuya inconstitucionalidad no se ha planteado.

3. Dado que ya me he manifestado a favor de la exención del pago del depósito cuando el recurso procede de la defensa oficial, 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, Cód. Contrav.— apelación”, expte. n° 2212, resol. del 11/6/2003; “Ministerio Público —Defensoría Oficial n° 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: “Caro, Maximiliano Daniel s/arts. 61 y 63, Cód. Contrav., apelación”, expte. n° 2197, resol. del 10/9/2003; y en “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. n° 2279, resol. del 30/9/2003.

Por ello, habiendo dictaminado el señor fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Diferir* la cuestión relativa a la integración del depósito previsto en el art. 34 de la ley 402, para una vez resuelto el beneficio de litigar sin gastos iniciado por el Sr. Prescava.

2°. *Hacer* saber a la defensa 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.

3°. *Rechazar* el recurso de queja interpuesto por la defensa de David Daniel Prescava.

4°. *Mandar* que se registre, se notifique y se devuelva el principal con la presente queja.

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

XI

“CÁTTEDRA, RICARDO Y OTRO C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD”

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD:

Admisibilidad. Control abstracto de constitucionalidad.

Invocación genérica de garantías constitucionales.

Registro Público de Administradores de Consorcios

de Propiedad Horizontal. Interés del consumidor.

Norma de carácter general. Efectos *erga omnes*. Poder de policía.

Atribuciones de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires

Expte. n° 3570/04 - 2/3/2005

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

I. Ricardo Cáttedra y Rodolfo Zariquiegui, Administradores de Consorcios de Propiedad Horizontal, interponen acción declarativa de inconstitucionalidad contra la ley 941, su dec. regl. 706/03 y la disposición de la Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor 4880/04.

Los actores aclaran que la resolución del TSJ que rechazó la demanda planteada en autos “Leibinstein Perla A. y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 2533/03, no constituiría razón suficiente para declarar *inadmisible* este proceso, en los términos del

art. 20 de la L.P.T., pues “el planteo de la demanda y su objeto no es el mismo, no son idénticos los argumentos y las garantías constitucionales en juego difieren”. De manera subsidiaria dejan planteada la inconstitucionalidad del art. 20 de la ley 402 (fs. 4).

Las normas impugnadas, según los accionantes, “importa[n] el ejercicio de atribuciones que corresponden al legislador nacional”, vulneran “la libertad de trabajo que ampara el art. 14 de la C.N., sin otra cortapisa que las leyes —nacionales— que reglamentan su ejercicio” y afectan “el principio de igualdad consagrado en el art. 16 de la C.N.”. Además, los actores sostienen que el régimen establecido por las normas cuestionadas, en relación con ciertos datos que la normativa impone denunciar, restringe la garantía prevista por los arts. 12, inc. 3º, y 16 de la CCBA relativa “al derecho a la privacidad, intimidad y confidencialidad” con afectación del art. 18, C.N. “que establece que nadie pueden ser obligado a declarar contra sí mismo” al tiempo que impone a sus destinatarios un esfuerzo que “restringe la libertad física que ampara el art. 15 de la Constitución local” (fs. 3/11).

Los demandantes también denuncian la irrazonabilidad del sistema por cuanto “[l]a ley no puede obligar al Administrador a entregar información que pertenece a otro del que depende” y afirman que “[S]i el registro mismo es inconstitucional igualmente lo será el régimen sancionatorio que establece” (fs. 5/11).

Finalmente, en cuanto a la disposición 4880-DGDPyC, los actores consideran que importa un ejercicio abusivo de potestades delegadas.

El petitorio de la demanda se limita a requerir la declaración de inconstitucionalidad de las normas cuestionadas.

2. A fs. 52/54 se presenta un grupo de administradores de consorcios y adhieren a la demanda. Con excepción de la Sra. Noemí Marta Walker, quien no acreditó la representación invocada, todos fueron tenidos como accionantes en este juicio (fs. 57 y 62).

FUNDAMENTOS:

El Dr. LUIS F. LOZANO dijo:

1. Los actores se encuentran legitimados para interponer la demanda de inconstitucionalidad, de acuerdo a lo establecido por el art. 18, inc. 1º, de la ley 402.

2. Las disposiciones cuestionadas son normas de carácter general emanadas de las autoridades de la ciudad, tal como exige el art. 113, inc. 2º de la CCBA.

La noción de generalidad admite matices. Utilizando herramientas típicas de la lógica formal, Georg Henrik von Wright dice que “(...) una prescripción es *general* en relación a sus sujetos cuando se dirija a *todos* los hombres sin restricción o a *todos* los hombres que respondan a una determinada descripción (...) A una prescripción que es para un número ilimitado de ocasiones, la llamaremos *general* con relación a la ocasión. Como consecuencia “(...) llama[remos] a una prescripción *general*, si es general con relación al sujeto o a la ocasión (o a ambos). Si es general con relación a ambos, al sujeto y a la ocasión, la llamaremos *eminentemente general*”. Vale ya señalar que las normas que no son generales respecto del sujeto, no lo son para el art. 113 de la CCBA, aun cuando lo sean respecto de la ocasión. En cambio, cuando son generales respecto de la variable sujeto es indistinto que lo sean respecto de la ocasión; siempre a los fines de la acción declarativa de inconstitucionalidad (art. 113, inc. 2º, CCBA). Es decir, que el criterio de Von Wright, aunque útil a los fines de elaborar el que aquí nos ocupa, no coincide con éste. Más adelante me ocuparé del tema. Continúa Von Wright diciendo “(...) una prescripción que se dirige (manda, permite o prohíbe) a todos los agentes de una determinada descripción disyuntivamente, no es una prescripción que es general con relación a sus sujetos. La prescripción es particular con relación a su sujeto, siendo este sujeto *un agente colectivo*”. Este criterio llevaría a impedir la revisión por medio de una acción declarativa de inconstitucionalidad de una norma dirigida, por ejemplo, a todos los sujetos para dirimir el resultado de un concurso en el que solo uno pudiera resultar ganador. No es este el sentido con que, en mi opinión, está empleado en el art. 113 que nos ocupa. Respecto de la ocasión formula consideraciones paralelas. Tras señalar que el tema es susceptible de más de una solución, opta por aceptar que “(...) un mandato o permiso para hacer una determinada cosa dentro de un limitado lapso de tiempo es particular con relación a la ocasión”. Llama a esta hipótesis *ocasión disyuntivamente constituida*. En cambio, es general respecto de la ocasión, en su criterio, el deber de hacer algo una vez al año todos los años. Así, es general el deber de pagar un impuesto que se repite mientras que es particular, siempre en relación a la ocasión, el de pagar uno extraordinario por única vez (conf. VON WRIGHT, Georg H.: *Norma y acción. Una investigación lógica*, Tecnos, Madrid, pp. 94/99). Nuevamente, el criterio difiere del utilizado por el art. 113, inc. 2º de la CCBA.

Por su parte, García de Enterría emplea la noción de generalidad para denotar las normas o actos dirigidas a una pluralidad indeterminada de personas o toda la colectividad. Tanto la colectividad, como aquellos de sus subconjuntos cuyos elementos son personas indeterminadas, pue-

den ser definidos por determinados atributos cuya concurrencia permite establecer la pertenencia al conjunto y cuya ausencia los excluye de él. En esa línea, indica como generales en cuanto al sujeto a actos que disponen, por ejemplo, la fijación de horarios de un Ministerio, convocan a concursos o a licitaciones públicas. Empero advierte que tales actos colectivos, a pesar de su generalidad, no son normas pues no concurren a integrar el ordenamiento jurídico que seguirá siendo el mismo antes y después de que tales actos se produzcan, se cumplan o incumplan. Se trata para el catedrático español, de actos aplicativos del ordenamiento y no innovadores del mismo (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás R.: *Curso de derecho administrativo*, t. I, 10ª ed., Civitas, Madrid, 2000, pp. 183/186). En síntesis, distingue la noción de acto general y la de acto normativo de manera tal que la segunda constituye una subespecie de la primera pero no la agota. *Prima facie*, no hay razones para limitar la acción declarativa de inconstitucionalidad a la segunda categoría, aunque las normas que la componen son, por esa sola circunstancia, generales a los fines del art. 113, inc. 2º de la CCBA.

3. Todas estas categorías están diseñadas para ser aprovechadas en ocasión de efectuar la revisión judicial de normas o actos o de sus aplicaciones. En otras palabras, las categorías son adoptadas teniendo en mira sus consecuencias. De igual modo, el atributo “general” que el constituyente emplea para delimitar el universo de la acción declarativa de inconstitucionalidad ha de resultar de escoger aquella de sus acepciones que mejor armonice con la finalidad para cuya consecución fue adoptado en el art. 113 inc. 2º de la CCBA. Surge del debate de la Convención Constituyente, así como de los antecedentes parlamentarios de la ley 402 que la noción de generalidad reconoce dos ejes: aplicar igualitariamente la ley o, si se lo prefiere, generar las condiciones de una misma sujeción para todas las personas, por una parte, y no interferir con derechos de los individuos, por la otra.

En este orden de ideas, múltiples intervenciones de los constituyentes y de los legisladores ordinarios muestran el designio de dar efectos *erga omnes* a las declaraciones de inconstitucionalidad dictadas en el marco de la acción declarativa de inconstitucionalidad asegurando que todos los supuestos alcanzados por la norma, en el futuro, reciban idéntico tratamiento. A su vez, la Constitución de la Ciudad no podría posibilitar la afectación de un derecho adquirido por una persona en un proceso, como el del art. 113 inc. 2º, en el cual no solamente no está asegurada su participación sino que hasta podría serle vedada, sin vulnerar el derecho de defensa, tutelado tanto por la Constitución Nacional como por la de la

Constitución de la Ciudad. En consecuencia, en el sistema de control de constitucionalidad concentrado y abstracto, el requisito de que la norma tenga carácter general aparece entonces, como la nota que torna operativo (o justifica) atribuir —en lo que ahora importa— alcance *erga omnes* a la sentencia que declara la pérdida de vigencia de la norma cuestionada, pues ella provoca su derogación. Ni el alcance *extra* partes de la sentencia ni el carácter abstracto del control serían comprensibles si se cuestionara, por ejemplo, un acto administrativo individual. La expulsión de la norma general del ordenamiento jurídico, en el control concentrado, provoca paridad entre los sujetos pasivos y evita la necesidad de entablar nuevos juicios.

Al mismo tiempo la generalidad exigida, en el marco del control abstracto, exclusivamente dirigido a confrontar la validez constitucional de normas, permite, en realidad impone, resolver la pretensión declarativa sin afectar relaciones jurídicas particulares nacidas al amparo del precepto cuestionado, situaciones subjetivas debatibles en el ámbito del control difuso, conforme a sus recaudos propios.

En tal sentido se ha dicho, en el marco de la Convención Constituyente y al debatir la ley 402, que el art. 113, inc. 2º de la CCBA incorpora “al tribunal superior el control de constitucionalidad *erga omnes*, pero (...) siguiendo las últimas tendencias no vemos la necesidad de suprimir el control difuso, proponemos un tribunal superior que ejerza los dos controles: la última instancia del control difuso y también originariamente el control centralizado”. En el orden jurídico local hay “dos acciones de inconstitucionalidad: una acción declarativa y una propia de inconstitucionalidad (...) la acción clásica, es la acción de inconstitucionalidad en el caso concreto. La acción declarativa (del art. 113, inc. 2º, CCBA) se refiere a leyes y decretos”, por ejemplo “[s]i un decreto es declarado inconstitucional por el Tribunal Superior, deja de tener vigencia”. Se trata “de una institución innovadora (...) [asignada] al tribunal superior para que conozca en forma originaria en las acciones declarativas de inconstitucionalidad de una norma y pueda declarar por sentencia su inconstitucionalidad con efecto *erga omnes*”. El control constitucionalidad concentrado se consagra “sin perjuicio de que los demás juzgados, cada uno ante un caso concreto, lo puedan plantear” o ejercer en el marco del control difuso de constitucionalidad (por su orden intervención de los convencionales constituyentes Zaffaroni, Rodríguez, Argüello, Castells, conf. *Diario de Sesiones*, Convención Constituyente de la Ciudad de Buenos Aires de 1996, *Actas*, t. II, CPACF-TSJ, Impreso en Artes Gráficas Tandil, Buenos Aires, 2003, pp. 539, 548/9, 565). Además, “[l]a solución del control concentrado de constitucionalidad consiste en conceder efecto *erga omnes* o derogatorio a la declaración judicial de inconstitucionalidad, reservando la

potestad de esta declaración de efecto general para un tribunal específico, mediante una acción también específica (...) este efecto general garantiza la primacía de la Constitución frente a la ley inferior, excluyendo la posibilidad de persistencia de aplicación de la norma declarada inconstitucional (...) razones prácticas y políticas avalan también la necesidad de proceder de esta manera. En primer lugar, el control de constitucionalidad abstracto está entregado por la misma Constitución de la Ciudad a un tribunal que decide en instancia única, cuyo único poder se trasunta en confrontar actos de naturaleza normativa general con la Constitución, único efecto de su sentencia”. “[A] partir de esta regulación, resulta plenamente inteligible la vinculación entre control concentrado y abstracto, por un lado, y control difuso y concreto, por el otro: la acción de inconstitucionalidad no produce efectos particulares de condena, ni tiene como finalidad favorecer subjetivamente a quien la ejerce. En este sentido, reviste las características de un proceso objetivo, cuyo objeto es el resguardo de la primacía constitucional y la eventual expulsión de una norma del orden jurídico. Complementariamente, quien haya visto lesionado un derecho o interés por la norma declarada inconstitucional, tiene allanada la vía para reclamar por vía del control difuso y a partir del señalamiento de un agravio concreto”. El efecto *erga omnes* de la sentencia “es garantista de la Constitución frente a la ley inferior excluyendo la posibilidad de preexistencia de aplicación de la norma declarada inconstitucional”. Dentro del “‘sistema mixto de control de constitucionalidad’ (...) funciona en paralelo el sistema difuso o ‘para el caso’ y el sistema concentrado, que es el que declara que una ley, un decreto o cualquier norma de tipo general, deje de ser constitucional para todos, *erga omnes*”. “[U]na de las ventajas fundamentales del sistema [concentrado] está en evitar la pérdida de tiempo para el justiciable, a diferencia de lo que ocurre cuando ya una norma es declarada inconstitucional en el sistema difuso de control de constitucionalidad, en que se sigue planteando, se sigue planteando y se sigue planteando, y debe ser declarado en cada caso”. El efecto general de la sentencia dictada en el proceso consagrado por el art. 113, inc. 2º de la CCBA evitaría por ejemplo “en el caso de la defensa de algunos derechos difusos cincuenta, trescientos ó dos mil amparos, lo que significa multiplicar por esa misma cantidad la rueda del sistema judicial” (conf. debate parlamentario de la ley 402, informe de comisión y discurso de los diputados Suárez Lastra, De Giovanni y Pierini, versión taquigráfica del 8/6/2000).

4. La ley 941 y sus normas reglamentarias crean e instrumentan, respectivamente, el “Registro Público de Administradores de Consorcios en Propiedad Horizontal”, establecen el deber de inscribirse de sujetos indeterminados agrupados por el legislador en razón de la actividad que

ejercen, así como otras condiciones y deberes de los administradores en cuestión; finalmente, prevén sanciones para supuestos de incumplimiento. Son normas que integran el ordenamiento jurídico de manera innovadora, no se agotan o consumen con su aplicación y su eventual invalidez constitucional es compatible con una sentencia derogatoria de efectos *erga omnes* que evite la multiplicidad de pleitos pues impide la aplicación posterior de la normativa declarada inválida. Estas condiciones satisfacen la noción más exigente tanto de Von Wright —*eminentermente general*— como de García de Enterría —incorporación al orden jurídico—, y son suficientes, aunque no necesarias, para cumplir con las metas que se propusieron los constituyentes al exigir que, solamente, normas generales constituyan el objeto de acciones de la naturaleza de la presente.

A su vez, el juicio constitucional propuesto respecto de la ley 941 y sus normas complementarias no involucra la solución de situaciones jurídicas particulares.

La ley 941 y sus regulaciones complementarias son normas generales y responden al contenido que a esa cualidad cabe atribuir conforme con lo antedicho. Es decir que los motivos por los que el art. 113, inc. 2º de la CCBA incorpora la generalidad como nota indispensable de los preceptos cuya validez constitucional puede debatirse en el marco de la acción declarativa quedan satisfechos con el juicio constitucional propuesto a fs. 3/11.

5. La validez de la normativa se cuestiona por razones de naturaleza constitucional. Concretamente, las objeciones formuladas en la demanda dividen la impugnación en dos planos.

Por un lado, se ataca la competencia de la Ciudad para regular la actividad de los administradores de consorcios. La Ley de Propiedad Horizontal y el Código Civil establecen, según los actores, las reglas de su oficio y la normativa cuestionada concreta una interferencia del legislador local en una materia que corresponde “inequívocamente al legislador nacional” (fs. 9). El art. 8º de la ley 941 en tanto establece requisitos para contratar que ya están previstos resulta, para los actores, “absolutamente redundante”, el gobierno local “sin que nadie lo llame, asume tareas propias del gobierno nacional” (fs. 8/9). En términos constitucionales la cláusula afectada, aunque no esté mencionado el artículo que contiene la regla afectada, sería el art. 31 de la C.N. Sin desconocer totalmente el poder de policía que tiene la ciudad para regular determinadas profesiones o actividades, los actores entienden que el modo en que aquel está ejercido, compromete el principio de supremacía e invade competencias del legislador nacional, como si se tratara la nuestra de una “sociedad seráfica” (fs. 7, vta.).

Luego, se cuestiona la razonabilidad del sistema implementado (art. 28, C.N.) porque afecta la confidencialidad (art. 12, inc. 3º, CCBA) de ciertos datos, sin dar las razones que justificarían la necesidad de contar con la información comprometida, para cumplir con la finalidad prevista por la ley 941 y su reglamentación (v. gr. lista de consorcios con los que trabajan los administradores). Algunos datos, de consignación obligatoria en la planilla prevista para formular la declaración jurada, vulnerarían los límites del art. 18 de la C.N. que proscribe la autoincriminación (v. gr., conservación de balcones ley 257, controles de ascensores, montacargas, escaleras, matafuegos, etc.). Además, el mecanismo de declaración jurada pretende “suplir el poder de policía (...) apelando a la buena voluntad de los infractores que (...) se denunciarían a sí mismos” (fs. 8). La normativa cuestionada obliga a los administradores a “entregar información de los Consorcios” es decir de una persona jurídica distinta y “[l]a ley no puede obligar al administrador a entregar información que pertenece a otro del que depende” (fs. 10). Todo ello se vería agravado por el art. 7º de la ley cuestionada que declara de acceso público a la información compilada en el Registro.

Finalmente, la ley 941 también afectaría, según lo actores, la garantía de igualdad (art. 16, C.N.) pues restringe la actuación del administrador de consorcios de la Capital “y no la de sus pares de Rosario, Santa Fe o Mendoza” (fs. 6).

6. La demanda cumple, valorado el punto con el grado de exigencia propio de la etapa de admisibilidad, con la obligación que tiene el accionante, de aportar objeciones constitucionales para fundar la invalidez de las normas impugnadas pues individualiza las cláusulas constitucionales presuntamente afectadas y ellas permiten, además, formular un juicio abstracto ajeno a situaciones jurídicas particulares o subjetivas que los actores pudieran titularizar como administradores de consorcios. Ninguno de estos extremos se dio por verificado en los precedentes “Leibinstein, Perla A. y otros” y “Gabas, Alberto Aníbal” (exptes. n.ºs 2533/03 y 3077/04 del registro del TSJ, respectivamente) razón por la que los jueces del tribunal declararon *inadmisible* el proceso, y que ausente ahora por estar cumplidos los recaudos pertinentes, no obliga a adoptar esa solución.

Además, individualizadas en la demanda, según fue reseñado precedentemente, las reglas constitucionales afectadas por las normas impugnadas, podrán las partes, en la audiencia, profundizar sus argumentos en el debate público, con la participación de los jueces.

En consecuencia, la acción es *admisible* (art. 21, L.P.T.).

7. En cambio, la citación del Estado nacional como tercero interesado, requerida en el punto VII de la demanda, resulta improcedente. El art. 31 de la C.N. confía en primer término a las autoridades locales la defensa de la Constitución Nacional, en todo su contenido, es decir, también en lo que hace a las competencias de los poderes que instituye. A su turno, si prosperase la acción declarativa de inconstitucionalidad, su resultado carecería de interés para el Estado nacional, según permite inferir el requisito de resolución contrario al derecho federal contenido en el inc. 2º del art. 14 de la ley 48 que, aunque no es aplicable a este supuesto, que no es una de las causas a que se refiere el artículo comentado, igualmente adopta un principio de alcance general según el cual el interés federal sólo aparece cuando la norma local cuestionada a la luz de la Constitución Nacional es declarada válida y aplicada por las autoridades locales. Lo primero nunca es definitivo en una acción declarativa de inconstitucionalidad (conf. art. 113, inc. 2º, CCBA) pues subsiste el examen propio del control difuso y lo segundo es imposible en este tipo de procesos pues no remiten en ninguna hipótesis a la aplicación concreta de la norma. En tales condiciones, no corresponde convocar al EN a una intervención que, aunque sea en defensa de sus competencias, sería prematura y, en verdad, ajena al derecho federal.

8. La naturaleza e importancia del tema sometido a juicio justifican, en atención a las atribuciones que la CCBA y la ley 3 le asignan, citar a la Defensoría del Pueblo a participar del proceso en los términos del art. 21 de la L.P.T.

Por las razones dadas, corresponde declarar formalmente admisible la demanda, rechazar la citación de tercero requerida por la parte actora, correr traslado de la demanda y darle a conocer este juicio a la Defensoría del Pueblo en los términos del art. 21 de la L.P.T.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Como bien señalan los accionantes, el tribunal ha tenido ya oportunidad de expedirse respecto de la inadmisibilidad de una acción de inconstitucionalidad formulada respecto de las normas que aquí se impugnan [causa “Gabas, Alberto Aníbal c/GCBA (Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires) s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 3077/04, sentencia del 16/6/2004]. Algunos de los tramos de aquel pronunciamiento habrán de ser reproducidos en éste, por razones de orden práctico.

La presentación efectuada por los actores en este proceso presenta, como se evaluará seguidamente, deficiencias que impiden considerarla idónea para habilitar un trámite como el pretendido por los Sres. Cátedra y Zariquiegui; ello con total independencia de la cuestión atinente a la

inadmisibilidad declarada en el caso anteriormente citado y al eventual ejercicio —o no— de la potestad que en el art. 20 de la ley 402 se acuerda al Tribunal; norma cuya declaración de inconstitucionalidad propusieran los demandantes, en forma subsidiaria, sin fundamento concreto alguno.

2. La ley 941 crea el Registro Público de Administradores de Consorcios de Propiedad Horizontal —a cargo de la autoridad del Gobierno de la Ciudad en materia de defensa de los consumidores y usuarios—, que obliga a inscribirse en él a las personas físicas o jurídicas que administran onerosamente uno o más consorcios de propiedad horizontal y deja librada a la voluntad del interesado la inscripción cuando se trata de administradores que no presentan dichas características. La norma establece los requisitos y los impedimentos para la inscripción y prevé el otorgamiento de un certificado de acreditación. Exige a los administradores de consorcios contratar la provisión de bienes y servicios sólo con prestadores que ajusten su actuación a los requisitos de la legislación vigente y la presentación de una declaración jurada anual acerca de la lista de consorcios administrados —con sus altas y bajas— y de los pagos de los aportes de diversa naturaleza con relación al personal contratado. Finalmente, la norma establece un régimen sancionador para quienes infrinjan sus disposiciones.

El dec. 706 reglamenta la ley, designando a la Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor como autoridad de aplicación del Registro.

3. La declaración de admisibilidad de una acción de inconstitucionalidad requiere que el planteo por el que ella se presenta a la consideración del tribunal contenga un debate constitucional fundado con seriedad en el sistema de normas —federales y locales— que integran el bloque de constitucionalidad que rige la vida de nuestra comunidad.

La presentación de los señores Cátedra y Zariquiegui no sólo no satisface tales recaudos, sino que es poco seria por las contradicciones, la falta de fundamentos y el descuido en su redacción, de los que adolece; circunstancias notoriamente impropias para un escrito que pretende sustentar un planteo en los términos del art. 113, 2 de la CCBA.

Por ejemplo, mientras que en el punto II *in fine* de su escrito afirman que la mera creación del registro no generaba ningún daño; luego argumentan en sentido contrario —véase IV, A) párr. 2º *in limine*— y, en el punto V *in fine*, hablan de “mora” cuando quieren aludir a “norma”. Podrá decirse que se trata de cuestiones menores; pero tales desprolijidades no son más que el reflejo formal de la falta de cuidado con la que ha sido elaborada esta presentación.

Frente a la evaluación de la admisibilidad de la acción, el problema serio que presenta el escrito es que no contiene fundamentos constitucionales; pues no pueden ser considerados tales las meras aserciones y opiniones de los actores. No basta, para dar curso a su tramitación, con que el demandante invoque la afectación de garantías constitucionales si el planteo por él formulado no presenta la envergadura y razonable vinculación argumental que requiere una presentación de esta naturaleza, por la que se puede llegar a abrogar una norma de carácter general, por medio de una decisión que proyectaría sus efectos sobre la población en general.

Los demandantes sostienen que como la actividad de los administradores se vincula con la Ley de Propiedad Horizontal y con el mandato regulado por el Código Civil, la reglamentación de su actividad sólo puede ser efectuada por el legislador nacional; pero no indican en qué sustentan tal afirmación, como debieron hacerlo; máxime cuando la disposición normativa se sustenta en una facultad constitucional expresa, como la que surge del art. 80, inc. 2º, apart. d), que atribuye a la legislatura local la potestad de dictar leyes en materia de “...ejercicio profesional, fomento del empleo y policía del trabajo”, que no fue siquiera considerada en el escrito. Esa falta de consideración pone de manifiesto una elaboración ligera del planteo, pues este punto —al igual que casi todos los que transita la pieza— fue objeto de consideración concreta en el precedente Gabas, cuyo contenido no parece haber sido tenido seriamente en cuenta por los accionantes y, ciertamente, no puede considerarse tratado con argumentos del tipo “No estamos en el Estado de Arizona ni la organización de la Confederación Argentina es la misma que la de los Estados Unidos de América del Norte”, cuando el nivel de los fundamentos expuestos no transpone la frontera de ellos.

Nuestro país adoptó para su gobierno la forma federal —un federalismo atenuado por la existencia de legislación común— y ese tipo de organización es la que determina que la regulación de las actividades que no han sido expresamente delegadas por las autoridades locales en las federales corresponda a aquéllas. Tal circunstancia ha sido abiertamente soslayada en la presentación a estudio en la que se sostiene que las diferencias de regulación entre distintas jurisdicciones genera una violación a la garantía de igualdad establecida en el art. 16 de la C.N. Si la igualdad debiera ser interpretada del modo que lo proponen los actores, no podría existir diferencia alguna en la consideración normativa de los diferentes estilos de vida y de organización de la comunidad de la que da cuenta la diversidad de nuestro país.

Los accionantes no han dado argumentos serios para establecer que la irrazonabilidad que predicen de la regulación; limitándose a poner de

manifiesto su discrepancia con el contenido de la norma a la que atribuyen una finalidad meramente recaudatoria.

La lectura de las normas objetadas permite establecer que lo que el legislador procuró por ellas —como ya lo sostuve en Gabas— ha sido proteger los intereses de los consumidores de los servicios prestados por los administradores. Como tal propósito normativo encuentra sustento en lo dispuesto en los arts. 42 de la C.N. y 46 y 80, inc. 2º, apart. g) de la CCBA, el demandante debió haber efectuado algún tipo de razonamiento en torno a la falta de vinculación entre ellas y lo establecido en la ley; lo que no ha hecho.

Ese propósito confiere razonabilidad a la exigencia de denuncia del cumplimiento de normas sin que ella pueda ser enervada por un eventual efecto autoincriminatorio; porque es una legítima aspiración de las autoridades locales que se dediquen a la actividad de administración de consorcios sólo quienes cumplan la ley y no quienes actúen al margen de ella.

Los presentantes aducen, asimismo, que la disposición del art. 9º de la ley, por la que se impone a los administradores que informen la lista de consorcios en los que desempeñan sus tareas, detallando las altas y bajas producidas en el periodo, viola el derecho a la privacidad, intimidad y confidencialidad que la CCBA garantiza [art. 12, inc. 3º]. Sin perjuicio de señalar que el argumento es forzado, porque se procura dar a los derechos invocados un alcance desmesurado, los peticionarios olvidan que ningún derecho es absoluto y que ellos deben ser ejercidos conforme a las normas que reglamentan su ejercicio [art. 14, C.N.], siempre que esa regulación sea razonable y no desvirtúe su esencia, supuestos que no se han invocado seriamente en autos.

La evaluación de la cuestión en este estado permite establecer que en la presentación efectuada no se ha formulado un planteo constitucional serio contra normas que, *prima facie*, coadyuvan a un adecuado ejercicio del poder de policía por parte de las autoridades metropolitanas y que ellas imponen a los administradores cargas que no resultan irrazonables y que hacen a un adecuado ejercicio de los deberes de colaboración con la administración.

En la presentación se alude a la claridad o falta de claridad de los propósitos de la regulación; pero ello sin hacerse cargo de indicar cuáles serían los eventuales propósitos “oscuros” que ella perseguiría, lo que también resta seriedad a la argumentación.

Las notorias deficiencias argumentales expuestas bastan para desestimar la acción; pues este Tribunal no puede, sobre la base de argumentos parciales y endebles, dar curso a un debate de efectos trascendentes, como

es el que transita por la vía establecida por el art. 113, inc. 2º, de la Constitución local.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Coincido con la opinión de mi colega Ana María Conde. En efecto, desde sus primeros pronunciamientos el tribunal ha señalado “que es un requisito esencial del trámite preliminar de admisibilidad de la acción declarativa de constitucionalidad que quien la inicia (...) explique de manera clara y pormenorizada las razones en las que sustenta la tacha de inconstitucionalidad” (*in re* “Massalin Particulares S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 31/99, resolución del 5/5/1999, en *CyJ, Fallos TSJBA*, I-1999, Ad-Hoc, Buenos Aires, p. 59).

Asimismo el tribunal ha indicado que para evaluar la admisibilidad de la acción declarativa de inconstitucionalidad debe especificarse cuál es la relación directa que existe entre las normas que son impugnadas y los principios constitucionales que son invocados (*in re* “Alegre Pavimentos SACICAFI c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 366/00, resolución del 20/6/2000).

Los accionantes no satisfacen adecuadamente ni la carga de establecer una relación directa entre las normas cuestionadas y principios, derechos o garantías de rango constitucional que entiende vulnerados ni aportan de forma acabada los fundamentos que motivan su pretensión. A modo de ejemplo, el escrito de demanda no explica porqué la ley 941 sería violatoria de competencias nacionales (de hecho si siquiera alega el principio de jerarquía normativa prescripto en el art. 31, C.N.) y cómo tal situación redundaría en la afectación de la libertad de trabajo amparada por el art. 14 de la C.N. Sólo se limita a afirmar que “no estamos en *Arizona*, ni la organización de la Confederación Argentina es la misma que la de los Estados Unidos de América del Norte” (fs. 6).

En consecuencia, voto por declarar inadmisibile la demanda.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

I. A fs. 1 vta., los actores advierten correctamente que el tribunal ya ha tenido oportunidad de expedirse respecto de la admisibilidad o inadmisibilidad de una acción declarativa de inconstitucionalidad similar a ésta al decidir, respecto de dos de las tres normas que en esta presentación se impugnan, el rechazo de la demanda (conf. “Leibinstein, Perla Aída y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 2533/03, resolución del 5/11/2003; en verdad, el tribunal se expidió

doblemente acerca de la improcedencia de una demanda de ese tipo, conf. la causa “Gabas, Alberto Aníbal c/GCBA [Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires] s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 3037/04, resolución del 16/6/2004). Asimismo, los Sres. Cátedra y Zariquiegui, en la acción ahora intentada, se ocupan tempranamente de aclarar que, aunque la acción en “Leibinstein” (y, corresponde agregar, en “Gabas”) fue declarada inadmisibile por mayoría de este Tribunal, los motiva “la completa seguridad de que el planteo de la demanda y su objeto no es el mismo, no son idénticos los argumentos y las garantías constitucionales en juego difieren, lo que nos permite plantear nuevamente la acción declarativa del art. 113 de la CCBA” (fs. 2 y 3).

Aunque el objeto de la demanda interpuesta no difiere de los intentos anteriores, no obstante lo manifestado por los accionantes, una nota que distingue sustantivamente los pronunciamientos ya aludidos, por un lado, y lo que corresponde decidir en esta oportunidad, por otro, es que mientras el primer escenario (“Leibinstein” y “Gabas”) implicó el intento de impugnación fundada de *disposiciones concretas* contenidas en la ley 941 y su decreto reglamentario, en el *sub examine* se pretende la impugnación de *tres* normas de carácter general *en su totalidad*, y en ausencia del más elemental examen concerniente a su pretendida invalidez.

2. En efecto, en el caso “Leibinstein”, la actora ponía en crisis las disposiciones contenidas en:

- a) la ley 941, por falta de competencia en el órgano que la dictó;
- b) el dec. 706/03, por exceso reglamentario;
- c) los artículos de la ley 941 2° (por violación de los arts. 14, 14 bis, 19, 28 y 31, C.N.), 5°, incs. a) y b) y 6° (por violación de los arts. 14, 17 y 31, C.N.), 4° y 7° (por violación del art. 19, C.N.), 8°, incs. 1° y 2° (por violación de los arts. 14 bis y 31, C.N.), 9° (por violación del art. 19, C.N., art. 11, CADH y art. 17, PIDCP), 10, inc. a) (por violación del art. 14, C.N.); y los artículos del decreto reglamentario 6° (por violación del art. 17, C.N.), 7° y 9° (art. 19, C.N.).

Como sostuve en dicha oportunidad, aun cuando resultara objetable la práctica de impugnar todo el texto de una ley —incluso de aquellas disposiciones de la ley que de manera alguna pueden ser sospechadas como viciadas de inconstitucionalidad, porque no están vinculadas de modo alguno al texto constitucional—, la relevancia de la objeción se reducía en dicho caso, pues, a la impugnación general por vicio de incompetencia en el órgano productor de la ley, la actora sumaba un análisis particular sobre la validez de segmentos de normas sometidas a control (mi voto, consid. 2).

Análogamente, en el caso “Gabas”, importa marcar que el actor planteó la invalidez de las siguientes normas:

- a) la ley 941, por falta de competencia en el órgano que la dictó,
- b) el dec. regl. 706/03, por exceso reglamentario,
- c) los artículos de la ley 941 2° (por violación de los arts. 14, 14 bis, 19, 28 y 31, C.N., 11, CADH y 17, PIDCP), 4° y 7° (por violación de los arts. 19, C.N., 11, CADH y 17, PIDCP), 9° (por violación de los arts. 19, C.N., 11, CADH y 17, PIDCP), 11 (por atribución de poder disciplinario al Estado local sobre cuestiones de derecho privado); y
- d) el art. 6° del dec. regl. 706/03 (por violación de los arts. 17 y 31, C.N.).

En consecuencia, resolví (en minoría) que el tribunal resultaba competente para intervenir en el proceso y que la acción era admisible.

3. En el caso bajo estudio, la acción, en principio, no sigue el temperamento impuesto en general por el TSJ, pues, en lugar de identificar normas específicas, en pugna con las Constituciones Nacional o local, pretende la declaración de inconstitucionalidad *in totum* de tres dispositivos legales de carácter “eminentemente general”, como sólidamente lo desarrolla en su enjundioso voto el señor juez de trámite, Luis Francisco Lozano. Desde sus primeros pronunciamientos, el tribunal señaló que existen dos requisitos esenciales del trámite preliminar de admisibilidad de la acción declarativa de constitucionalidad:

- a) quien la inicia debe precisar 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;
- b) la actora debe explicar ineludiblemente, y en forma clara y pormenorizada, las razones en las que sustenta la tacha de inconstitucionalidad (*CyJ, Fallos TSJBA*, t. I, 1999, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 119 y ss.: “Massalin Particulares S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 31/99, sentencia del 5/5/1999).

El 8/6/2000 entró en vigencia la ley 402 que, al regular los procedimientos ante el Tribunal, introdujo un tercer requisito a los mencionados *supra*. En efecto, el art. 19, inc. 2°, exige: “La *mención precisa de la norma* que el accionante estima contraria a la Constitución Nacional o a la CCBA y los fundamentos que motivan la pretensión, indicando los principios, derechos o garantías constitucionales presuntamente afectados” (énfasis suplementado).

4. La demanda no satisface los recaudos explicitados, tan siquiera en forma mínima. Efectivamente, y en lo que marca una diferencia deter-

minante respecto del criterio subyacente a mis votos en “Leibinstein” y “Gabas”, la acción ahora considerada significa la descalificación *in totum* de la legislación *supra* citada. De este modo, la demanda no cumple con la carga de identificar, con la debida especificidad, cuáles son las normas de alcance general que la actora pretende que el tribunal invalide, y cuáles son las razones por las cuales cada una de ellas es puesta en crisis a través de la *ultima ratio* del orden jurídico, esto es, la pretensión de que se declare su falta de adecuación constitucional.

Como sostuvo este Tribunal en la causa “Villegas, Héctor c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 1254/01, resolución del 15/11/2001, en *CyJ, Fallos TSJBA*, cit., III-2001, pp. 622/623, el actor tiene la carga de identificar precisamente la o las reglas particulares del orden jurídico local cuya exclusión del catálogo que lo conforma aquél pretende. Debe citar con absoluta precisión el texto o segmento normativo cuya pérdida de vigencia demanda, como efecto de la sentencia que dictará el tribunal (art. 113, inc. 2°, CCBA), pues no parece posible que, frente a una demanda de esta naturaleza, sea el tribunal quien precise su objeto. La impugnación *in totum* de un genuino plexo normativo integrado por tres normas generales (la ley 941, su dec. regl. 706/03 y la disposición de la Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor n° 4880/04) sólo será admisible cuando el actor exprese las razones que señalen un vicio constitucional que obligue a invalidar hasta las disposiciones formales de la ley. Esta carga no ha sido cumplida por el actor.

En sentido concordante, este Tribunal se ha pronunciado, entre otras causas, *in re* “Oliveto, Noemí Flavia y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 2660/03, resolución del 11/2/2004. Al resolver esta demanda, el TSJ, por unanimidad, estableció que la descalificación *in totum* de la legislación emanada de la segunda legislatura local a partir del 9/12/2001, no cumple con la carga de indicar correctamente cuáles son las normas de alcance general que los actores pretenden que el tribunal invalide. De tal forma, se deja en manos del tribunal la formulación misma de la pretensión que él debería acoger o rechazar, lo que no puede ser admitido (consid. 2, párr. 2°; conf., asimismo, la doctrina del tribunal en las causas “Rodríguez Simón, Fabián c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 3055/04, decisión del 15/5/2004, primer considerando, y “Asociación Argentina de Compañías de Seguros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 2953/04, resolución del 12/4/2004, mi voto, primer considerando).

5. La pretensión de impugnación de la totalidad del plexo normativo integrado por tres disposiciones generales no es el único fundamento de

mi voto. Así como es un requisito esencial del trámite preliminar de admisibilidad de la acción declarativa de inconstitucionalidad que quien la inicie precise con claridad cuáles son las normas de carácter general sobre las que solicita el control de constitucionalidad, y cuáles los preceptos y principios constitucionales con los que las primeras entran en colisión, del mismo modo resulta ineludible que explique de manera clara y pormenorizada *las razones* en las que sustenta la tacha de inconstitucionalidad.

En este sentido, debo decir, en entera concordancia con el análisis de mi colega, la señora jueza Ana María Conde, que la demanda adolece de graves deficiencias argumentales y expresivas en lo que respecta a la formulación de su pretensión. El voto de la señora jueza Conde destaca e ilustra extensa y acertadamente el alcance de estas inadmisibles falencias que, a través de la incursión en contradicciones, la falta de fundamentos, la impropiedad y el descuido en la redacción, las desprolijidades recurrentes que, como ciertos errores de tipeo, llevan confusión sobre el fondo de la cuestión, restan mínima seriedad a una acción como la intentada. En igual sentido, la implausibilidad de algunas de las afirmaciones de los actores los conduce a “agraviarse” de resultados que no pueden calificarse sino como absurdos, por ejemplo, la invocación de un supuesto efecto autoincriminatorio operado por la aplicación de la normativa impugnada, en tanto ésta autoriza a solicitar información a los Administradores de Consorcios: “Piénsese que se les está requiriendo que informen si han cumplido o no con la legislación que pudiera resultar obligatoria. Esta disposición pugna claramente con la salvaguarda establecida en el art. 18 de la C.N. que establece: “nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo” (fs. 7).

Otro ejemplo de la perplejidad en que sume esta presentación a cualquier lector razonable, viene dada por el argumento conforme al cual las normas impugnadas lesionan derechos tutelados por el art. 12, inc. 3° de la CCBA, esto es, “el derecho a la privacidad, intimidad y confidencialidad como parte inviolable de la dignidad humana” (fs. 5). El efecto descripto, afirman los accionantes, dimana de la aplicación del art. 9° de la ley 941, en tanto pretende que los administradores de consorcios de la CABA informen a la Ciudad “[la] lista de consorcios en los cuales desempeñan sus tareas, detallando las altas y bajas producidas en el período”.

Aunque la ilustración del carácter de esta demanda podría extenderse sensiblemente, me detendré en una última circunstancia por la que se agravan los accionantes: la ya mencionada exigencia de información a los administradores de consorcios, alegan aquellos, no sólo afecta el derecho a la privacidad; también comporta, de acuerdo con los Sres. Cátedra

y Zariquiegui, una grave lesión a la *libertad física*. En efecto, expresan: “Amén de que la regularidad de la presentación de esta información constituye un esfuerzo físico (uno más) que de algún modo cierto restringe la libertad física que ampara el art. 15 de la Constitución local, esfuerzo que no se encuentra justificado por la orientación teleológica de la ley” (fs. 7).

No es necesario abundar en la idea de que, a fin de dar curso a una acción de la magnitud y trascendencia que reviste la acción declarativa de inconstitucionalidad, es inaceptable que el actor se limite a invocar la supuesta afectación de garantías constitucionales. Antes bien, el planteo por él formulado debe demostrar la vinculación argumental que un intérprete razonable hallaría entre las normas impugnadas y los derechos y garantías constitucionales presumiblemente lesionados por las primeras.

La presentación de los Sres. Cátedra y Zariquiegui, formulada a partir de una selección errática y discrecional tanto de derechos presuntamente afectados como de argumentos para conectar tales supuestos agravios con normas de jerarquía constitucional, incumple, desde luego, el recaudo establecido en el párrafo anterior. Los graves defectos de razonamiento, argumentación y expresión que exhibe esta demanda son suficientes para desestimarla.

Por lo expuesto, voto por rechazar la admisibilidad formal de la acción de inconstitucionalidad intentada.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El Tribunal, desde sus primeros pronunciamientos, ha señalado “que es un requisito esencial 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. 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/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 31/99, resolución del 5/5/1999).

Asimismo, este estrado ha indicado que para evaluar la admisibilidad de la acción declarativa de inconstitucionalidad debe especificarse cuál es la relación directa que existe entre las normas que son impugnadas y los principios constitucionales que son invocados (*in re* “Alegre Pavimentos SACICAFI c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. 366/00, resolución del 20/6/00).

2. En consecuencia, el planteo, tal cual ha sido formulado hasta hoy, se exhibe insuficiente para adentrarse en la consideración de la inconsti-

tucionalidad de las normas que se pretende poner en crisis —ley 941 de Creación del Registro Público de Administradores de Consorcios de Propiedad Horizontal, su dec. regl. 706/03, la disposición 4880-DGDYPG-2004 y el art. 20 de la ley 402.

En este caso, el actor no menciona la cláusula constitucional afectada aunque cabe suponer que la misma sería el art. 31 de la C.N. Pero para que el tribunal valore si la demanda plantea una confrontación entre la norma objetada y la Constitución Nacional o de la Ciudad, resulta ineludible que la actora fundamente por qué razón las normas impugnadas vulnerarían, en este caso, la cláusula de supremacía de la Constitución Nacional. En el escrito de inicio la parte esgrime como sencillo argumento que “no estamos en el estado de Arizona” y que, por lo tanto, “no es admisible que las legislaturas locales reglamenten todas las profesiones u oficios cuando ello resulta resorte del Gobierno Nacional” (fs. 6). Esta argumentación, más allá de lo infeliz del ejemplo, en mi concepto, resulta insuficiente para dar andamio a la acción.

En suma, la parte actora sólo alega de manera genérica que la legislación y reglamentación local han ingresado en un ámbito correspondiente al legislador nacional, mas no desarrolla las concretas razones que sustentan su afirmación de cara a la atribución que la Constitución de la Ciudad confiere a la Legislatura para dictar leyes en materia de ejercicio profesional, fomento del empleo y policía del trabajo [art. 80, inc. 2º, d)], más aun cuando ésta es la jurisdicción política subnacional en la cual ha tenido más amplio desarrollo el régimen de propiedad horizontal regulado por la ley 13.512.

Ello sin perjuicio de consignar, a mayor abundamiento, que a ese reproche “principal” se han adunado otros francamente incomprensibles —como el referido al “esfuerzo físico” que representaría la presentación de información a la Administración y que, en palabras de la accionante, “de algún modo cierto restringe la libertad física que ampara el art. 15 de la Constitución local” (conf. fs. 9).

Adhiero, por lo tanto, a las manifestaciones que explicita en su voto mi colega la doctora Ana María Conde.

3. Lo antes expresado, no importa asumir una actitud restrictiva para el andamio de la acción declarativa de inconstitucionalidad prevista en el art. 113, inc. 2º, de la CCBA, reglamentada mediante la ley orgánica de este estrado 402. Simplemente corresponde exigir de parte de los accionantes la mínima satisfacción de los requisitos de fundamentación para que la petición pueda ser adecuadamente apreciada. Ello así, pues lo que está en juego es la invalidación de una norma que, aún en el control difuso de constitucionalidad, constituye una medida de extrema gravedad institucional, *última ratio* del ordenamiento jurídico.

Por las consideraciones expuestas, corresponde declarar inadmisibile, tal como ha sido formulada, la presente acción declarativa de inconstitucionalidad.

Así lo voto.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Declarar* inadmisibile la acción de inconstitucionalidad planteada a fs. 3/12 y 52/54 de estas actuaciones.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y archive.

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

XII

“PAZ, MARTA Y OTROS C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO”

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Admisibilidad. Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas. Juez. Designación. Procedimiento. Aprobación del pliego. Juramento. Supresión del cargo. Atribuciones de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires. Silencio. Designación ficta. Necesidades del servicio de justicia. Principio de división de poderes

Expte. nº 3167/04 - 3/3/2005

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

I. Marta Paz, María Laura Garrigós de Rébora y Silvina Manes interpusieron una acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad —Legislatura— para que se declare la inconstitucionalidad de las leyes 935 y

1086, se suspendan los efectos de éstas sobre sus pliegos y, en consecuencia, se declare que se encuentran en posesión *ficta* de los cargos para los que fueron propuestas (fs. 28/36).

2. La jueza de primera instancia rechazó la acción. Para así decidir consideró que:

- a) la situación jurídica de las actoras se modificó al sancionarse la ley 1086, varios meses después de la celebración de la audiencia pública;
- b) no corresponde expedirse sobre la inconstitucionalidad de la ley 935 porque existen otras razones que imponen una solución en el caso;
- c) el proceso de designación de los jueces se integra con la asunción en el cargo que ocurre con la jura del desempeño de funciones y la firma del acta respectiva (art. 109, C.N.);
- d) en el caso las actoras no han asumido en su función pues falta la toma del juramento y suscripción del acta;
- e) el cambio normativo constituye una actividad legítima de la legislatura y no es resorte de un tribunal ordenar el aumento en la primera integración de un fuero (fs. 216/220).

3. Frente al recurso de apelación interpuesto por las actoras (fs. 221/233), la Sala II de la Cámara resolvió:

- a) declarar la inconstitucionalidad del art. 1º de la ley 935 y de los arts 1º, 2º, 3º y 4º de la ley 1086;
- b) considerar aprobada las propuestas de las actoras como juezas de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas en los términos del art. 118 de la CCBA;
- c) ordenar al Consejo de la Magistratura que disponga lo que corresponda a efectos de que se reciba a las actoras el juramento de rigor y se asignen o readecuen las partidas presupuestarias que resulten necesarias para ponerlas efectivamente en funciones;
- d) imponer las costas del proceso a la demandada en ambas instancias (fs. 281/289).

La Sala adujo, en síntesis, que:

- a) las disposiciones del art. 1º de la ley 935, ponen en cabeza del legislador la posibilidad de extender el plazo previsto por el art. 118 de la CCBA, por lo que se apartan de la voluntad del constituyente;
- b) que hasta el dictado de la ley 1086 los cargos para los que concursaron las actoras existían efectivamente y la intención del proyecto de la ley fue reducir la cantidad de jueces;

- c)* la atribución que tiene el órgano legislativo para determinar el número de tribunales que compondrán el Poder Judicial de la Ciudad no importa la posibilidad de suprimir juzgados ya creados y con sus jueces designados, atento las garantías e inmunidades que rodean al Poder Judicial;
- d)* en consecuencia, creados válidamente los cargos, celebrados íntegramente los concursos, presentados los pliegos en la Legislatura y transcurrido el plazo del art. 118 de la CCBA, los legisladores carecían ya de facultades para reducir el número de los jueces de la Cámara en lo Contravencional y de Faltas;
- e)* cabe equiparar la situación de las actoras a la de quienes hubiesen gozado de aprobación expresa, por lo que ya revestían al momento de la entrada en vigencia de la ley 1086 de las inmunidades y garantías de la magistratura, sin que la falta del juramento ritual pueda resultar óbice a lo expuesto;
- f)* la norma es inconstitucional porque ha sido el producto del ejercicio de una facultad que si bien compete al legislador, en el momento y las condiciones en que lo hizo ya le estaba vedada.

4. El Gobierno de la Ciudad interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 297/311) que fue contestado a fs. 313/329 y concedido por la Cámara a fs. 331.

La Procuración General plantea en el recurso las siguientes cuestiones:

- a)* que la ley 935, reglamentaria del art. 118 de la Constitución, es constitucional;
- b)* que es el procedimiento completo previsto en el capítulo VI de la ley 6 —y no la audiencia de cada candidato— el que interrumpe el plazo de sesenta días para que la Legislatura trate el pliego de cada postulante, plazo que vuelve a correr cuando el informe de la Junta de Ética, Acuerdos y Organismos de Control “es girado al Cuerpo” (fs. 304 vta.);
- c)* que el plazo para tratar los pliegos de las actoras, computado de acuerdo con las pautas anteriores, no fue excedido;
- d)* que los cargos no están cubiertos hasta tanto no se toma posesión de ellos, lo que en el caso de los magistrados ocurre mediante el juramento previsto en el art. 109, CCBA (fs. 309);
- e)* que la ley 1086 es constitucional por la razonabilidad de su reglamentación y de los motivos que llevaron a dictarla, y por no afectar derechos adquiridos.

5. El fiscal general opinó que debe hacerse lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia de la Cámara y rechazar la acción de amparo (fs. 336/341).

6. A fs. 364 la coactora María Laura Garrigós de Rébora desistió “de esta acción de amparo por haber sido designada jueza de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional...”. Del escrito se dio traslado a la Procuración General quien no lo contestó.

FUNDAMENTOS:

Los jueces JOSÉ O. CASÁS y ANA MARÍA CONDE dijeron:

1. La Procuración General no se ha opuesto al desestimiento del proceso efectuado por la Dra. María Laura Garrigós de Rébora. Por ende, corresponde tenerlo presente para determinar el alcance subjetivo de la sentencia.

2. De conformidad con el art. 27 de la ley 402 “El recurso de inconstitucionalidad... procede cuando se haya controvertido la interpretación o aplicación de normas contenidas en las constituciones nacional o de la ciudad, o la validez de una norma o acto bajo la pretensión de ser contrarios a tales constituciones siempre que la decisión recaiga sobre esos temas” (art. 27, ley 402). En el caso se ha puesto en debate la validez de dos leyes (935 y 1086) por ser contrarias a la CCBA (arts. 118 y 110, respectivamente), la decisión de la Cámara trató expresamente la cuestión y declaró la inconstitucionalidad de ambas normas.

Por ello, como ha sido señalado por el señor fiscal general (fs. 338, punto III de su dictamen) el recurso ha sido correctamente concedido por la Sala II de la Cámara.

3. También acierta el titular del Ministerio Público Fiscal al indicar que el núcleo argumentativo de la sentencia de la Cámara establece:

- a) la atribución legislativa para “determinar el número de tribunales” no conlleva la posibilidad de suprimir juzgados ya creados y con sus jueces designados, atento a las garantías e inmunidades de los magistrados;
- b) la aprobación ficta de los pliegos ocurrió antes de entrar en vigor la ley 1086, aun teniendo en cuenta la suspensión de plazos dispuesta por la ley 935; y
- c) las actoras estaban investidas con las inmunidades y garantías de la magistratura al momento de entrar en vigencia la ley 1086, “sin que en este caso la falta de juramento ritual pueda resultar óbice a lo expuesto” (fs. 288).

4. La CCBA, en su art. 107, al regular la composición del Poder Judicial, establece que “El Poder Judicial de la Ciudad lo integra el Tribunal Superior de Justicia, el Consejo de la Magistratura, los demás tribuna-

les *que la ley establezca* y el Ministerio Público” (sin cursivas en el texto original).

Es claro, entonces, que, en el diseño institucional del Poder Judicial la CCBA ha establecido, expresamente, ciertos órganos y ha delegado en el Poder Legislativo la creación de los demás tribunales (unipersonales o colegiados).

Concordante y expresamente el art. 81, CCBA, dispone que la Legislatura “Con el voto de la mayoría absoluta del total de sus miembros... 2. Sanciona (...) las leyes (...) *sobre la organización del Poder Judicial...*” (sin cursivas en el texto constitucional).

La atribución de la potestad normativa en materia de “organización”, permite a la Legislatura tanto la creación de las unidades que deben brindar el servicio de justicia, como la modificación de la planta existente, sea que ello ocurra por incremento, por reducción, por sustitución, o por cualquier otra forma de alteración de la estructura de los fueros, instancias y tribunales creados con anterioridad.

En suma, es atribución del Poder Legislativo el dictado y la modificación de las reglas de organización judicial.

En cuanto incumbe al caso, en verdad, la actitud del Poder Legislativo ha sido errática. Como surge del detallado examen efectuado en la sentencia recurrida (punto 14, fs. 285/286 vta.), el art. 36 de la ley 7 dispuso que la Cámara se integre con doce jueces (art. 36) y la cláusula transitoria tercera que “el fuero (...) puede conformarse paulatinamente de acuerdo a las necesidades del servicio. En su primera integración debe constituirse, como mínimo, una Cámara de seis miembros...”

Puede verse que la ley 7, en su versión originaria, delegó implícitamente, y sin expresar en qué órgano, la ponderación de las necesidades de servicio, al facultar la conformación paulatina de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas, aunque fijó un mínimo de miembros para la primera integración. Es de suponer que la delegación se efectuó en el Consejo de la Magistratura, pues es el órgano que tiene la superintendencia administrativa, financiera y presupuestaria de esos tribunales (art. 116, CCBA). Ello se condice con la conducta adoptada por ese órgano, que consideró conveniente para el servicio convocar a concurso para cubrir doce cargos (resol. 49, CDM/99).

Le asiste razón a los jueces de las instancias anteriores en que la situación no fue modificada por la ley 591 y que ella se mantuvo hasta que la ley 1086 reformó la cláusula transitoria tercera, que quedó redactada del siguiente modo: “el fuero (...) se conformará de acuerdo a las necesidades del servicio. En su primera integración se constituirá con una Cámara de seis miembros...”. Por medio de esta ley la Legislatura, también

en forma implícita, retomó la valoración de las necesidades que determinarían el número de jueces a designar y lo fijó en seis.

No cabe censurar, desde la perspectiva de los arts. 81 y 107 de la Constitución, que el Poder Legislativo asuma al dictar la ley 1086 el ejercicio de una competencia que le es propia.

5. La alzada afirma que, en el caso, la atribución conferida por esos artículos a la Legislatura no pudo ser ejercida porque “tal atribución no importa la posibilidad de suprimir juzgados ya creados y con sus jueces designados, atento a las garantías e inmunidades que —en resguardo de la división de poderes— rodean al Poder Judicial” (fs. 288).

Para llegar a esta conclusión, la Cámara, primero, reconoció que las propuestas de las actoras habían sido aprobadas por la Legislatura. Para considerar operado el silencio positivo reglado en el art. 118 de la Constitución, la Cámara consideró inconstitucional el art. 1º de la ley 935, que otorgó a la audiencia prevista en el capítulo VI de la ley 6 efecto interruptivo del plazo establecido en la norma constitucional. Y en este aspecto puntual del decisorio objetado corresponde detenerse.

Es cierto que en ejercicio del control concentrado de constitucionalidad, en el marco de la acción regulada por el art. 113, inc. 2º, de la CCBA, este Tribunal, por mayoría, ya declaró la inconstitucionalidad del segmento del párr. 4º del art. 9º de la ley 7 (conforme la redacción que le confiriera la ley 935), en cuanto estableció que “(e)l procedimiento previsto en el Capítulo VI de la ley 6 tiene efecto interruptivo” (conf. “Gil Domínguez, Andrés c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. nº 2671/2003, sentencia del 20/10/2004).

No obstante, tal como lo señala el señor fiscal general en el punto IV.1 de su dictamen (fs. 338), la aprobación ficta de los pliegos de los accionantes ocurrió antes de entrar en vigor la ley 1086, aun teniendo en cuenta la suspensión de los plazos dispuesta por la ley 935.

Esta situación también fue advertida por la Cámara (punto 16 de la sentencia del 20/5/2004) que, de todos modos, declaró la inconstitucionalidad de la norma.

En consecuencia, tal como lo sostiene el señor representante del Ministerio Público Fiscal, “(s)i los jueces de la Cámara consideraron que la solución del caso no había de variar sea que la ley 935 se declarase inconstitucional, sea que dicha ley se reputara válida, entonces corresponde concluir que el examen de constitucionalidad de la misma es completamente irrelevante para decidir el pleito” (dictamen citado, fs. 338 vta.). Así, teniendo en cuenta que la declaración de inconstitucionalidad de una ley es la *ultima ratio* del orden jurídico, no resulta necesario en este pro-

ceso abordar el debate acerca de la razonabilidad o irrazonabilidad del art. 9º de la ley 7 (según la redacción que le diera la ley 935).

Por ello, la Cámara se excedió al declarar la inconstitucionalidad del art. 1º de la ley 935 y su sentencia debe ser revocada en este punto. Ello, claro está, no importa una modificación del criterio que el tribunal sostuvo en la causa “Gil Domínguez”. Simplemente deseamos explicitar que, en esta causa, en ejercicio del control difuso, no resulta necesario expedirse acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del art. 1º de la ley 935.

6. Corresponde, ahora, determinar:

- a) si la aprobación por la Legislatura del pliego de las actoras permite considerarlas amparadas por las prerrogativas de la magistratura que la Sala señala y, en consecuencia,
- b) si la Legislatura se encontraba impedida de ejercer la atribución de los arts. 81, inc. 2º y 107 de la Constitución local.

El *iter* que debe cumplirse para la designación de magistrados es un proceso institucional complejo en el que intervienen distintos órganos constitucionales. Tiene inicio en la selección que efectúa el Consejo de la Magistratura, continúa con la aprobación del pliego del postulante y su consecuente designación por la Legislatura y culmina con la puesta en posesión del cargo a partir del juramento ante quien preside el Tribunal Superior de Justicia prescripto por el art. 109 de la Constitución.

En este punto, en primer término, entendemos que se adquiere la condición o *status* de juez a partir de la aprobación del pliego por parte de la Legislatura, aunque luego se frustre, en lo inmediato, el efectivo acceso al cargo. Participamos, en este sentido, de los fundados desarrollos expuestos en la deliberación del caso por nuestro colega, el doctor Luis F. Lozano, que serán volcados en los puntos 4 y 5 de su voto, y a ellos nos remitimos en homenaje a la brevedad.

Una vez que la Legislatura aprueba por medio del voto el pliego remitido por el Consejo de la Magistratura, cesa la condición de “candidato a juez” y la designación, así, queda perfeccionada.

Ello no implica, claro está, desconocer las atribuciones que el Estado local posee (por medio de la Legislatura) para diseñar la estructura de su Poder Judicial, de conformidad con lo establecido en el art. 107 de la CCBA. Solamente quiere decir que esa organización que la Constitución pone en cabeza del departamento legislativo debe realizarse de conformidad con el conjunto de reglas constitucionales vigentes en la materia. Como es sabido, “una correcta interpretación de las normas constitucionales debe partir de su análisis como un conjunto armónico, en la que cada una ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de las demás” (*Fallos*, 310:2733).

Sin embargo, la posibilidad de que el magistrado *ejerza la jurisdicción* nace una vez asumido el cargo. El cargo es asumido mediante el juramento. Y con la potestad jurisdiccional nace el derecho a la inamovilidad en el cargo en cabeza de su titular, rasgo característico de la forma republicana de gobierno.

Así lo expresa el texto constitucional: “los jueces (...) *asumirán el cargo jurando* desempeñar sus funciones de conformidad con lo que prescribe la Constitución Nacional, esta Constitución y las leyes nacionales y locales” (sin destacar en la Constitución).

El sentido coloquial de la palabra ratifica esa conclusión, ya que según el Diccionario de la Lengua Española “asumir” en la segunda acepción significa “Hacerse cargo, responsabilizarse de algo, aceptarlo” (Real Academia Española, edición electrónica). También la doctrina constitucionalista ha señalado que el juramento es un requisito constitucional impuesto como acto previo al desempeño de la magistratura, cuyo incumplimiento convierte al magistrado en funcionario *de facto* (EKMEKDJIAN, Miguel Á.: *Tratado de derecho constitucional*, t. V, Depalma, 1999, pp. 275/276).

En suma: la aprobación por silencio del pliego de las actoras (art. 118, CCBA) permite considerar que han sido designadas por la Legislatura, pero ello no conlleva que asumieran sus cargos de juezas de Cámara del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires pues no han prestado el juramento que la Constitución establece a ese fin (art. 109, CCBA). Por esa razón, y a diferencia de lo señalado por la alzada, las actoras no están amparadas por la garantía de la inamovilidad en sus cargos establecida en el art. 110, CCBA, cualquiera que sea el alcance que corresponda asignar a esa prerrogativa.

En este punto es útil señalar que el art. 109 de la CCBA no dispensa del juramento a quienes fueran designados por aplicación del silencio reglado en el art. 118, CCBA. Esta norma se refiere a *una* de las etapas del procedimiento de selección e incorporación de magistrados, pero no sustituye las siguientes facies del procedimiento.

Lo expuesto no implica desconocer la importancia institucional de las garantías establecidas en el art. 110, CCBA y 96, C.N., para afianzar el Estado de derecho y el sistema de división de los poderes. En efecto, la Constitución asegura la independencia del Poder Judicial con dos garantías básicas: la inamovilidad de los magistrados y la intangibilidad de sus remuneraciones. En “lo concerniente a la inamovilidad de los jueces”, la Corte Suprema ha dicho que, “es inherente a la naturaleza del Poder Judicial de la Nación y configura uno de los principios estructurales del sistema político establecido por los constituyentes en 1853... y que ha sido

calificada por el Tribunal, antes que de un privilegio a favor de quienes ejercen la magistratura, como una garantía a favor de la totalidad de los habitantes” (*Fallos*, 322:1616, consid. 14).

Sin embargo, el caso no trata sobre la afectación de estas garantías por la ley 1086, pues, como lo expresamos, sólo a partir del juramento las actoras hubieran tomado posesión de los cargos y hubieran resultado amparadas por esas garantías.

Por lo demás, que el juramento condiciona el ejercicio de la magistratura ha sido también la posición sustentada por la CSJN que considera al juramento como el “requisito que ha de habilitarlo [al juez] para el ejercicio de sus funciones” (voto del juez Repetto, en la acordada del 2/4/1945, referida a la negativa a recibir juramento a los jueces de la Cámara de Apelaciones del Norte, publicada en *Fallos*, 201:239).

Es decir, en tanto las actoras no se encontraban en ejercicio de la magistratura, el Poder Legislativo pudo reformar la disposición transitoria tercera de la ley 7 mediante el dictado de la ley 1086, sin afectar las garantías establecidas en el art. 110 de la Constitución local.

7. La ley 1086, al reducir la integración originaria de la Cámara del fuero, no ha lesionado el derecho adquirido que invocan las actoras en su demanda “a ser declaradas en posesión ficta del cargo”. En verdad el art. 118, CCBA, no establece un derecho a la toma de posesión del cargo sino que consagra el derecho a considerar aprobada la propuesta de un candidato por el transcurso del tiempo y el silencio de la Legislatura, como lo hemos señalado en el punto anterior. La aprobación tácita no exime del cumplimiento del requisito de prestar juramento.

Ahora bien, la designación de las actoras fue reconocida por la alzada —extralimitándose en nuestro concepto, tal como lo sostuvimos en el punto 5 de este voto, al declarar la inconstitucionalidad de la ley 935—.

La reducción de los cargos a cubrir en la primera integración de la Cámara, efectuada por la ley 1086, no lesionó un derecho adquirido a la posesión del cargo, pues, por no haberse cumplido una de las condiciones necesarias, ese derecho no había nacido aún.

8. Las actoras señalan que su situación recibió un tratamiento diferente al otorgado al fiscal general adjunto, Luis Cevasco, y que ello afecta la garantía de igualdad ante la ley (art. 16, C.N.).

La situación del fiscal Cevasco y las de las actoras no es igual. La diferencia principal radica en que el cargo de fiscal general adjunto se mantuvo disponible para ser ejercido por el Dr. Cevasco hasta que él prestó el juramento correspondiente. En cambio, si bien las actoras obtuvieron su designación a partir del vencimiento del plazo en el que debió expedirse

la Legislatura, no resulta posible recibirles el juramento indicado en la Constitución pues el art. 1º de la ley 1086, al sustituir la disposición transitoria 3ª de la ley 7, dejó establecido que, de acuerdo a las necesidades del servicio, la Cámara se constituirá con seis miembros, dividida en dos Salas de tres miembros cada una, en su primera integración.

Así, la decisión legislativa de organizar el tribunal de alzada con seis jueces en un primer momento, permite llegar a la conclusión que la situación de las actoras no es igual a la del Dr. Cevasco.

9. Resta considerar si la ley 1086 debe ser descalificada por afectación del principio de razonabilidad de las leyes. La Procuración General en su recurso explica las razones de oportunidad por las que se ha considerado conveniente restringir a seis el número de camaristas a ser designados en la primera integración.

Las actoras, al contestar el memorial, afirman que “en la sanción de la ley 1086 hubo desviación de poder porque (...) la finalidad de la reducción del fuero tuvo por finalidad privilegiar la voluntad de mantener la existencia de los controladores de faltas” (fs. 326).

La parte no ha demostrado el carácter manifiestamente ilegal o arbitrario, requerido en una acción de amparo, de la decisión legislativa. Aún en el caso de que se admitiese la preferencia legislativa por “mantener la existencia de los controladores de faltas” ello no acredita la desviación de poder invocada. Por lo contrario, surge de los antecedentes que acompañaron el proyecto de ley diversas razones que no aparecen como manifiestamente irrazonables. Así, el mensaje de elevación del jefe de Gobierno (Mensaje 40/02 del 5/4/2002) señala que resulta excesivo el número de juzgados previstos para la primera integración del fuero contravencional atento el reducido número de causas que tramitan y el éxito del sistema administrativo de control de faltas. Sostiene que “la puesta en marcha de una justicia contravencional de las dimensiones propuestas, implicaría un dispendio injustificado de recursos públicos” (fs. 65/68). Por su parte el informe de la Presidenta del Consejo de la Magistratura de fecha 29/4/2003 da cuenta de las dificultades de infraestructura para el establecimiento de los juzgados propuestos. Asimismo, el despacho de mayoría señala la necesidad de racionalización del gasto para adecuar la actuación del fuero al estado de emergencia económico que atravesaba la Ciudad sin afectar la eficiencia del sistema judicial, la insuficiencia de la capacidad edilicia existente y la implementación de la instancia administrativa previa en materia de faltas. Por último el miembro informante de la Comisión de Justicia manifiesta la imposibilidad de dotar al fuero de espacio físico suficiente para su funcionamiento, la cantidad de trabajo a realizar por parte

de los magistrados, el excesivo gasto que deberían afrontar todos los contribuyentes de la Ciudad, el sobredimensionamiento del fuero. Es claro que la decisión respecto del régimen de enjuiciamiento de las faltas corresponde al ámbito de ponderación discrecional del Poder Legislativo. La alegada inconveniencia e ineficacia de ese sistema, y aún los cuestionamientos referidos al mayor o menor garantismo que el sistema de la ley 591 conlleva para los derechos de las personas imputadas, no son razones que justifiquen el derecho de las actoras a cuestionar la ley 1086.

Tampoco las constancias del proceso demuestran una actitud de discriminación o persecución respecto de las actoras.

No se advierte, entonces, la irrazonabilidad de la ley cuestionada.

10. El caso plantea un conflicto entre los derechos de quienes legítimamente obtuvieron la aprobación de sus pliegos para el cargo de juez de cámara, y la decisión de la Legislatura de restringir transitoriamente la cantidad de cargos a cubrir por razones de política judicial que no corresponde a este Tribunal enjuiciar.

En ese contexto, la puesta en vigor de esa ley (la 1086) podrá, si concurrieran los presupuestos y requisitos, dar lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado local por actividad lícita, pero no autoriza la protección otorgada por la sentencia de la Cámara.

En suma, el efecto que debe atribuirse a la ley citada es el de haber suspendido en el tiempo el derecho de los jueces designados a asumir en el cargo. Al interpretar la norma con el alcance que surge de este voto se torna inaplicable en la especie la limitación temporal que se pretende introducir en el art. 2º *in fine* para ejercer el apuntado derecho.

En consecuencia, las actoras podrán hacer valer los derechos reconocidos en esta sentencia con el alcance que a cada una interese —v. gr.: confirmando que persiste su aspiración al cargo y/o reclamando resarcimiento económico—, ejerciendo, en cada caso, las pretensiones que consideren adecuadas a sus intereses, por las vías —administrativa y/o judicial— y forma correspondiente.

11. Por lo expuesto en los puntos precedentes proponemos: 1) Tener presente el desistimiento de la actora María Laura Garrigós de Rébore; 2) Hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad interpuesto y confirmar la sentencia de Cámara en cuanto tiene por designadas como juezas de cámara a las actoras; 3) Revocar la sentencia de la anterior instancia en cuanto declaró la inconstitucionalidad de los arts. 1º, 2º, 3º y 4º de la ley 1086 y ordenó al Consejo de la Magistratura que disponga lo que corresponda a los efectos de recibir juramento a las actoras, y a asignar y readecuar las partidas presupuestarias necesarias para ponerlas efectiva-

mente en funciones; 4) Imponer las costas a la demandada en todas las instancias, pues, más allá del acogimiento parcial del recurso interpuesto por el Gobierno local, fueron sus actos los que dieron lugar al reclamo de las actoras, y la sentencia reconoce —con el alcance antes fijado— la lesión de sus derechos y la justicia de sus planteos (art. 14, CCBA y art. 62, párr. 2º, CCAyT).

Así lo votamos.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. El objeto de este amparo se circunscribió a requerir una sentencia que declarara a las accionantes en posesión *ficta* de los cargos para los que fueron propuestas por el Consejo de la Magistratura; esto es, juezas de la Cámara Contravencional y de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires (fs. 28). Para conseguir ese resultado cuestionaron la validez constitucional de las leyes 935 y 1086 que, a su entender, privaron de efecto a la aprobación de sus pliegos, producida por silencio de la Legislatura. El pedido de inconstitucionalidad tiene carácter instrumental en relación con el objeto perseguido en la demanda de amparo.

2. La Cámara declaró la inconstitucionalidad de los arts. 1º de la ley 935 y 1º al 4º de la ley 1086. En consecuencia, dispuso tener por aprobadas las propuestas de las actoras como juezas de la Cámara Contravencional y de Faltas, ordenar al Consejo de la Magistratura que les recibiese juramento y asignar las partidas presupuestarias pertinentes para ponerlas en funciones (fs. 283/289). En lo que ahora importa consideró que, al tiempo en que la ley 1086 entró en vigencia, las candidatas ya habían quedado designadas juezas, por silencio de la Legislatura, pues el plazo previsto por el art. 118 estaba vencido, aún si se lo computa conforme a las reglas establecidas por la ley 935. De allí parte el *a quo* para decidir que los legisladores carecían de facultades para reducir el número de plazas para integrar, por primera vez, ese tribunal.

3. Los agravios del GCBA vinculados con la forma de computar el plazo previsto por el art. 118 de la CCBA, a partir de la interpretación que propone de los términos de la ley 935, y que conduciría a sostener que las actoras no estaban designadas cuando entró en vigencia la ley 1086 no pueden prosperar. Por un lado, en el marco del pronunciamiento impugnado, según fue dicho en el punto anterior, para tener por aprobados los pliegos de las actoras resultaría indiferente analizar la validez de la ley 935, pues el plazo previsto por el art. 118 estaba vencido, aún si se lo computa conforme a las reglas establecidas por la ley 935, circunstancia que el letrado de las accionantes señala, con toda precisión, como límite

de la jurisdicción de este Tribunal en vía de apelación. Esa conclusión del tribunal de la causa está fundada en consideraciones de hecho y prueba e interpretaciones del derecho aplicable que no son, como principio, revisables en esta instancia. Igualmente, al momento de decidir este recurso, tiene vigencia la decisión del TSJ que declara la inconstitucionalidad de la ley 935 y al respecto no cabría apartarse de la doctrina judicial que fluye del fallo (TSJ *in re* “Gil Domínguez, Andrés c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 2671/03, resolución del 21/10/2004), con arreglo a la cual el límite temporal establecido por el constituyente en el art. 118 resultaría eludido por una reglamentación, la de la ley 935, irrazonable y contraria al espíritu de la Constitución local.

Es decir que, conforme las conclusiones de la Cámara, en el caso de las actoras, las etapas previstas en la CCBA para designar a los jueces quedaron válidamente cumplidas. El Consejo de la Magistratura en el marco del concurso 5/99 seleccionó a las amparistas para integrar la Cámara Contravencional y de Faltas, finalizado el concurso, elevó a la Legislatura los pliegos de los candidatos seleccionados —entre ellos los de las actoras— (art. 116, inc. 1°, CCBA). Luego, la Junta de Ética Acuerdo y Organismos de Control de la Legislatura inició el procedimiento previsto en la ley 6, se celebró la audiencia pública prevista en el art. 120 de la CCBA y finalmente, transcurrido el plazo previsto en el estatuto local, sin que la Legislatura se expidiera, las propuestas quedaron aprobadas (art. 118, CCBA). Por otra parte, no se cuestiona en autos que ese proceso se cumplió de acuerdo a las previsiones legales aplicables. Por lo tanto, la designación de las actoras como juezas de la Cámara Contravencional y de Faltas quedó perfeccionada de manera válida en virtud de lo que dispone el art. 118 de la CCBA. Dicha norma prevé que “Los jueces y juezas son designados por el voto de la mayoría absoluta de la Legislatura, a propuesta del Consejo de la Magistratura (...) Debe pronunciarse dentro de los sesenta días hábiles, excluido el receso legislativo. Si vencido dicho plazo no se hubiere pronunciado, se considera aprobada la propuesta”. Según se ve, la designación es un acto complejo en el cual intervienen dos órganos: la Legislatura y el Consejo de la Magistratura; y puede quedar perfeccionado por un pronunciamiento expreso de aquella o por su silencio, una vez transcurrido el plazo previsto en la Constitución.

4. No existe previsión alguna en la CCBA acerca de una posible revocación de los actos u omisiones de la Legislatura que producen la designación de los jueces. Es cierto que el art. 110 establece que “...conservan sus *empleos* mientras dura su buena conducta...” y que, en una interpretación estricta, el *empleo* comienza con la asunción de los deberes del car-

go. Pero, esa restricción está indisolublemente ligada, desde un punto de vista lógico, a la circunstancia de que la buena conducta allí prevista es centralmente la desarrollada en la función. Mas no es solamente dictar sentencias conforme a derecho lo que se exige al juez. El art. 122 de la CCBA prevé supuestos de remoción por conductas reprochables que están por fuera del desempeño de la función y, más aún, la inhabilidad psíquica o física, circunstancia que torna concebible la hipótesis de juzgar por hechos de esta especie a quien aún no pudo dictar sentencia por no haber sido instalado en el cargo. Dicho de otro modo, la puesta en posesión del cargo es un acto distinto de la designación, que viene a ejecutarla, sujeta al individuo designado a la observancia de ciertos deberes e incompatibilidades y lo pone en contacto con las causas que ha de resolver. Esa puesta en posesión del cargo es un antecedente necesario para que el juez pueda incurrir en mal desempeño de la función; no, en cambio, para que el individuo designado haya podido cometer un delito o volverse incapaz. Todo ello pone en duda que la interpretación más estricta, esto es, la que atribuye estabilidad a las designaciones sólo a partir de que han quedado completadas por la posesión del cargo sea la más fiel a la voluntad del constituyente, ni la más próxima a concretar los valores que el constituyente quiso consagrar, suponiendo que, como es posible, no haya tenido una voluntad precisa a este respecto. Ello implica que no puede ser aplicada la regla del *contrario sensu* habitualmente sospechosa y definitivamente inadecuada en el caso.

Prosigue el comentado art. 110 diciendo que los jueces “Gozan de las mismas inmunidades que los legisladores”. Respecto de ellos, el art. 78 hace nacer la inmunidad “desde el día de su elección”. No parece disputable que la designación es el acto que, para el cargo de juez, equivale a la elección para el de legislador. Es cierto que las inmunidades no son exactamente lo mismo que la estabilidad, pero parece difícil concebir la existencia de aquellas sin la concurrencia de esta última. Puestas ambas cláusulas en relación, pienso que el constituyente ha querido consagrar, para el caso del juez, una garantía cuyo inicio no queda postergado al acto de asunción sino que arranca de la designación.

Otras razones confluyen en apoyo de este criterio. Aun para actos no dotados de estabilidad por normas específicas, la doctrina sentada por la CSJN es que cuando una decisión genera derechos subjetivos en las condiciones del caso que nos ocupa, y mientras reúne requisitos mínimos de forma y competencia, no están facultados para retrotraerla los órganos que la emiten, una vez que ella ha sido puesta en conocimiento del administrado [Nota: En tal sentido ha dicho la CSJN: “[e]l acto administrativo

es irrevocable (...) cuando declara un derecho subjetivo (...) [y] cuando causa estado (...)”, en tales casos el tribunal señala que “la administración o las entidades autárquicas deben perseguir su anulación por la vía jurisdiccional, no pudiendo —*per se*— revocar” (*Fallos*, 175:369)]. Esta doctrina tuvo, en el momento de ser adoptada, puro apoyo en la Constitución Nacional. Las cláusulas de dicha Constitución resultan aplicables en el ámbito de la Ciudad. Ciertamente es que no queda eliminada por ello la posible anulación, pero solamente un juez podría disponerla y, por la naturaleza de su función, solamente cuando constata que el acto es ilegítimo, supuesto que no concurre en el *sub lite*.

Por lo demás, no consta en la causa que se haya producido algún acto destinado a revocar la designación de las actoras. Tal hipotético acto tendría, a su turno, que haber sido posibilitado jurídicamente por el constituyente de la CABA, pero éste no lo hizo. De haberlo querido, no es sencillo pensar cómo podría haberlo organizado en el marco de un proceso de designación en el que participan sucesivamente dos órganos, Legislatura y Consejo de la Magistratura, que obran independientemente el uno del otro. Finalmente, no son los jueces quienes pueden espontáneamente invalidar el acto.

Entonces, corresponde confirmar la decisión de la Sala II, en cuanto declara que las amparistas ostentan la condición o *status* de juezas designadas conforme al procedimiento constitucionalmente previsto al efecto.

5. La sentencia impugnada ordena al Consejo de la Magistratura que disponga lo necesario “a efectos de que se reciba a las actoras el juramento de rigor y se asignen o readecuen las partidas presupuestarias que resulten necesarias para ponerlas efectivamente en funciones” (fs. 289 vta.).

La aprobación de los pliegos de las actoras, designadas juezas a partir de ello, no oculta las potestades que el art. 107 de la CCBA confiere a la Legislatura para organizar el Poder Judicial. No surge tal posible impedimento o restricción de una cláusula constitucional ni es consecuencia de una imposibilidad lógica o fáctica de que coexistan designación y reorganización de la Justicia. Conviene recordar en primer término que, conforme lo expuesto más arriba, la designación por voluntad ficta de la Legislatura quedó perfeccionada en un momento anterior a la sanción de la ley 1086 que suprimió los cargos, razón por lo cual, al tiempo en que fueron emitidas, las designaciones tenían un objeto posible, jurídica y físicamente. La imposibilidad de poner en ejecución esas designaciones es sobreviniente, esto es, constituye un supuesto en el que el estado emisor de un acto frustra sus efectos. Aun cuando pudiera suponerse errática o incongruente una gestión de los asuntos públicos en la que conviven de-

signaciones de jueces con desaparición de juzgados, no es ésta la materia que nos compete juzgar. Examinando una atribución similar, la Corte Suprema de Estados Unidos sostuvo, en el caso “Stuart v. Laird” (Cranch, 5 US 299), que el Poder Legislativo tenía autoridad, conferida por la Constitución, para establecer en cada momento la cantidad de tribunales que estimase apropiada y agregó que no existía palabra alguna en la Constitución destinada a prohibir o restringir el ejercicio de ese poder por el legislador. El precedente tiene un matiz destacable: fue emitido en respuesta al cuestionamiento formulado por el litigante que se estimaba apartado del juez natural. En razón de lo expuesto, es tan válido afirmar que las actoras son juezas designadas como que es necesario aceptar el criterio del legislador para determinar la cantidad de jueces destinados a integrar la Cámara Contravencional y de Faltas de acuerdo a las necesidades del servicio de justicia. Las dos afirmaciones enunciadas no resultan antagónicas ni se excluyen.

En otras palabras, aun cuando las amparistas sean juezas designadas, la ley 1086 pudo establecer válidamente una conformación de la Cámara Contravencional que no las incorporase de manera inmediata al fuero, cuya integración siempre se previó como gradual o paulatina.

Los efectos de las designaciones no desaparecen junto con los juzgados, aunque esa desaparición los altera sensiblemente. Por una parte, la decisión de la Legislatura puede variar con el tiempo y una ley futura podría tornar aprovechable la energía de las juezas designadas. Por la otra, el ordenamiento jurídico siempre tiene respuesta para la frustración de derechos acordados y éste lo fue.

6. Tanto la de crear y suprimir cargos, de la que me ocupo en el punto anterior, como la de aprobar el presupuesto son facultades privativas de la Legislatura. No es posible, por ello, dictar una sentencia que ordene instalar a las actoras al frente de un juzgado, real o ficto, creado por el juez emisor del fallo, o reasignar recursos del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires de manera distinta a la presupuestada por la Legislatura.

La imposibilidad de que el juez ejerza estas facultades legislativas u otras de la misma especie es esencial al sistema de división de poderes. Aun cuando la circunstancia de que, a diferencia del mandato de los jueces, el de los legisladores emana directamente del voto popular, no es éste el único fundamento para excluir a los jueces de su ejercicio, ni siquiera el principal. Las decisiones de los jueces pasan en autoridad de cosa juzgada. Es decir, cobran la máxima rigidez que permite el sistema. En esas condiciones, a diferencia de lo que ocurre con un acto de la Legislatura,

que como principio puede ser modificado por la Legislatura que lo dictó o una posterior, el dictado por el juez no podría serlo ni aun por otro juez. Esto implicaría un sometimiento de la voluntad política del pueblo en su actual composición y en las futuras, algo que no resulta constitucionalmente posible consentir.

Acorde con ello, el ámbito propio de los jueces está delineado por el concepto “causa”. Así lo dispone el art. 106 de la CCBA. Excepcionalmente, el art. 113 concentra exclusivamente en el TJS la misión de resolver conflictos entre poderes que no pueden encontrarla en la interacción de esos poderes. Esos conflictos consisten, en última instancia, en disputas acerca del alcance de las competencias de los contendientes. Es una competencia delicada y por ello reservada por el Constituyente a un solo órgano. Las causas son conflictos acerca de la existencia y alcance de derechos subjetivos, esto es, de aquellos medios que el sistema pone en manos de los particulares, no de los órganos que ejercen el poder público en nombre de toda la comunidad. Este ámbito viene directamente relacionado con el derecho de defensa en juicio cuyo objeto es precisamente la persona y sus derechos; no el órgano y sus competencias. De esa manera, el constituyente, según la reglamentación que emite el legislador, dispone los remedios judiciales con un alcance que, si bien supone ejercicio del poder público —ejecución de bienes, por ejemplo— no arroja consecuencias sobre la distribución de poderes sino sobre la de derechos subjetivos —reconoce en el actor la propiedad que ostentaba el demandado, transmite la propiedad de un derecho patrimonial del demandado al actor, etc.—. Estos derechos pueden ser asignados con una estabilidad superior a la de las medidas de poder público. En este sentido ha dicho el máximo tribunal federal que “[l]a Corte Suprema sólo puede pronunciarse, originariamente o en recurso, cuando se somete a su decisión un caso contencioso, en el que existe o pueda existir un derecho lesionado que la sentencia deba reparar (*Fallos*, 184:358), que “el Poder Judicial [...] se define [...] como el que se ejercita en las causas [...] en las que se persigue en concreto la determinación de un derecho debatido entre partes adversas” (“Klein, Guillermo W.”, CSJN, 29/8/1986, “Costantino Lorenzo c/Nación Argentina”, CSJN, 12/12/1985 y *Fallos*, 156:318 entre otros); que son “pautas que permiten establecer si se da una controversia definida y concreta [...] que la acción (administrativa) impugnada afecta substancialmente en algún momento los intereses legales de alguna persona” (“Baeza, Aníbal Roque c/Estado nacional”, CSJN, 23/8/1984), que “resulta condición para el examen judicial de constitucionalidad, que él ocurra como aspecto de un litigio común y como medida tendiente a superar el obstáculo que deriva de las leyes o actos impugnados para el reconocimiento del derecho

invocado por el litigante” (“Gascón Coti, Alfredo y otros”, CSJN, 6/7/1990), y que “un interés concreto, inmediato y sustancial [...] lleva a entender el planteo como una causa, caso o controversia, único supuesto que autoriza la intervención del los jueces (“Polino, Héctor y otro c/Poder Ejecutivo”, CSJN, 7/4/1994, y “Merciadri de Morini, María Teresa s/presentación (Unión Cívica Radical)”, CSJN, 12/5/1995), entre otros. En el mismo sentido puede citarse el antiguo precedente de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el que el juez Marshall dijo que “el Poder Judicial puede actuar solamente cuando la materia le es sometida bajo la forma de un caso y el caso surge sólo cuando una parte afirma sus derechos en una forma prescripta por la ley (*in re*: “Osborn v. United States Bank”, 9 Wheat 738, 819).

Es posible concebir situaciones límite en las que, bajo condiciones especiales, quepa asignar al juez la emisión de actos que, por su naturaleza, competen, como principio, a los órganos políticos. Otorgar la ciudadanía es, en el orden nacional cuya similitud con el de nuestra Ciudad viene determinado por el empleo del concepto “causa”, un ejemplo de ello. Pero, se trata de supuestos expresamente previstos por ley; no, inferidos de la naturaleza de función judicial. Crear un juzgado o reasignar partidas presupuestarias son actos que exceden con mucho el ámbito de los derechos subjetivos que pueden ser puestos en juego en causas.

7. Una vez sentado que las actoras ostentan válidamente una designación como juezas de la Ciudad, aunque sin funciones asignables en la actualidad, cualquier disposición destinada a condicionar en el tiempo la vigencia de pliegos de *candidatos* propuestos por el Consejo de la Magistratura no las alcanza ni les incumbe pues no eran meras candidatas al tiempo en que fue promulgada la ley sino que estaban designadas por medio ficto y su designación no ha sido cuestionada. No constituye cuestionamiento la propia ley 1086 puesto que busca apoyo en un supuesto distinto: la inexistencia de designación; sin que el legislador haya dispuesto dejar sin efecto la ya perfeccionada según lo expuesto. En consecuencia, como el objeto del amparo queda satisfecho, en lo que aquí interesa, al reconocer, por las razones antedichas, el status que corresponde a las demandantes, no es necesario expedirse acerca de la validez constitucional de la ley 1086, en este aspecto.

8. A esta altura de la exposición, cabe efectuar algunas distinciones. Con arreglo al art. 103 de la CCBA, el acto de prestar el juramento es bifronte. La persona designada como juez asume en él los deberes e incompatibilidades propias de esa elevada función y, simultáneamente, el estado la pone en el cargo, es decir, le confía la decisión de causas o contro-

versias que resultan distribuidas por imperio de reglas legislativas. Estos dos conjuntos de consecuencias jurídicas, aún superpuestos, son discernibles y pueden operarse separadamente. Ello encuentra explicación, entre otras, en las circunstancias de que la asunción de la competencia está condicionada a la observancia de los deberes e incompatibilidades; mas no es necesaria la inversa. Aunque no es natural, es posible que el servicio de un juez esté a disposición del estado y este, por circunstancias diversas no lo aproveche. Ha sido el caso, por ejemplo, de los jueces del fuero contencioso administrativo y tributario local que fueron designados, prestaron el juramento de rigor, pero se difirió el ejercicio de su potestad jurisdiccional hasta que ciertas condiciones que debían ser brindadas por el estado estuvieron satisfechas (designaciones de empleados, provisión de mobiliario...); también al establecerse el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Tierra del Fuego, cuyos magistrados se abocaron a proyectar leyes de organización y procedimiento como los autorizaba el art. 156, inc. 8º, de la Constitución de esa provincia, y sólo meses después habilitaron, primero, su competencia originaria. Finalmente, el desempeño genera para el estado el deber de retribuir al juez y hacerse cargo de otros gastos en los que incurre para posibilitar el cumplimiento de esa función.

Según lo expuesto en el punto 6, en lo que hace al establecimiento de las reglas cuya aplicación determina la distribución de las causas, la Legislatura no es sustituible. En cambio, la puesta a disposición del servicio por parte de quien ha sido designado como juez, por las razones expuestas en los puntos 2, 3 y 4, no requiere acto legislativo, ni puede, en verdad, ser resistida por el estado, si así lo requiriera el juez designado. De tal suerte, uno de los dos actos que conviven en el juramento debe ser llevado a cabo a solo requerimiento del interesado, en el caso, de cada una de las actoras por sí. No puede, en cambio, requerir judicialmente que le sean sometidos litigios pues no hace ello a su derecho sino a su competencia, que puede defender ante otro juez, según reglas legislativas, pero no frente al Estado cuyo Poder Legislativo las sanciona.

En cuanto a las partidas presupuestarias, si bien compete privativamente a la Legislatura aprobar el presupuesto, no es dudoso que si el estado incurre en una deuda por recibir un servicio o tenerlo disponible, esa deuda es de legítimo abono.

9. Las actoras formularon su petición central como la solicitud de que se las declarara en posesión *ficta* de los cargos para los que fueron propuestas por el Consejo de la Magistratura; esto es, juezas de la Cámara Contravencional y de Faltas de la CBA (fs. 28). Esta petición limita al

tribunal según reglas por todos conocidas. Naturalmente, como todo pedido comprende no solamente lo que abarca de modo explícito y pleno sino también aquellos reclamos que estén comprendidos conceptualmente dentro de su formulación. En el caso, el de ser puestas en posesión ficta de los cargos, comprende sin duda el de que les sea recibido juramento por medio del cual asuman los deberes e incompatibilidades del cargo y comprometan mantener su servicio a disposición del GCBA para el supuesto de que éste resuelva recrear los cargos o aprovechar aquellos servicios de una manera compatible con la designación. Desde luego, puede ocurrir que sea voluntad de las actoras hacerlo de inmediato o en el futuro, y el estado sólo podría exigirlos si estuviera efectivamente entregándoles el ramo de competencias para cuyo ejercicio fueron originariamente efectuadas las designaciones.

10. Los derechos que pudieran apoyar las actoras en el status que ostentan actualmente: juezas de la Ciudad designadas sin atribución de funciones, exceden el marco de este juicio.

Las demandantes son juezas de la Ciudad y así debe ser declarado. En cambio, no es posible, en términos constitucionales, ordenar al Consejo de la Magistratura que las ponga en funciones y reasigne al efecto “las partidas presupuestarias que resulten necesarias” como dispone el pronunciamiento impugnado (fs. 289 vta.).

En cuanto a la doctrina del caso “Cevasco”, invocada por las actoras, cabe señalar que el cargo de fiscal general adjunto que el Consejo de la Magistratura atribuyó al nombrado, a raíz del silencio que guardó la Legislatura frente a su propuesta, una vez celebrada la audiencia pública, existía tanto al momento de llamarse a concurso para cubrir la vacante como al tiempo de remitir las actuaciones al señor fiscal general de la Ciudad de Buenos Aires (conf. resols. CM 7/00, 94/00, 43/02, y 258/02).

11. Las costas se imponen a la demandada en todas las instancias, pues, más allá del acogimiento parcial del recurso interpuesto por el Gobierno local, fueron sus actos los que dieron lugar al reclamo de las actoras, y la sentencia reconoce —con el alcance antes fijado— la lesión de sus derechos y la justicia de sus planteos (art. 14, CCBA y art. 62, párr. 2º, CCAyT).

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad fue bien concedido por la Cámara. En efecto, el escrito de fs. 297/311 cumple con los requisitos legales de tiempo y forma (art. 28, L.P.T.) y, como exige el art. 27 de la L.P.T., tiene por objeto impugnar

una sentencia definitiva, emitida por el tribunal superior de la causa, que declara la inconstitucionalidad del art. 1º de la ley 935 y de los arts. 1º, 2º, 3º y 4º de la ley 1086.

2. El agravio vinculado a la constitucionalidad del art. 1º de la ley 935 no puede prosperar.

Por un lado, y como lo señala la Cámara, para definir la situación de las actoras, resulta indiferente analizar la validez de la ley 935. Según la sentencia de fs. 281/289 vta., el plazo previsto por el art. 118 de la CCBA estaba vencido, aún si se lo computa conforme a las reglas establecidas por la ley 935: “incluso aplicando las disposiciones de la ley 935, dicho término se encontraba vencido al momento de la entrada en vigencia de la ley en crisis, conforme lo señala correctamente la señora fiscal de Cámara en su dictamen” (fs. 288). Como sostiene mi colega el juez Luis F. Lozano en el párr. 1º del apart. 3 de su voto “[e]sa conclusión del tribunal de la causa está fundada en consideraciones de hecho y prueba” que al no haber sido vinculadas por el recurrente con un agravio constitucional no son revisables en esta instancia (conf. art. 27, L.P.T.).

Asimismo, el debate propuesto por el Gobierno en torno a esta cuestión fue resuelto por el tribunal al declarar la inconstitucionalidad de la norma impugnada en la causa “Gil Domínguez, Andrés c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 2671/03, resolución del 20/10/2004.

3. A fs. 305/310 vta. del recurso de inconstitucionalidad, el Gobierno se agravia “acerca de la constitucionalidad de la ley 1086”.

El art. 3º de la ley 1086 utiliza la locución “candidatos” para referirse al universo afectado por esa disposición. En efecto, expresamente ratifica “el procedimiento de designación iniciado por las resoluciones de la Junta de Ética, Acuerdos y Organismos de Control N° 4 y 5 de 2003, respecto a los seis primeros candidatos a jueces de Cámara de Apelaciones y a los primeros veinticuatro jueces de primera instancia, según los órdenes de mérito correspondientes a los concursos públicos 5/99 y 6/99” y suspende “el mismo respecto de los candidatos a jueces de Cámara de Apelaciones comprendidos entre los puestos siete a doce, y de los candidatos a jueces de primera instancia comprendidos entre los puestos veintisiete a treinta y ocho del orden de mérito 5/99 y 6/99 respectivamente, hasta tanto se disponga la integración de los tribunales correspondientes”.

He sostenido en el apart. 2 de este voto que por efecto del mecanismo de designación ficta regulado en el art. 118 de la CCBA, las actoras ostentan válidamente una designación como juezas de la Ciudad, aunque de esa designación no haya tenido efecto aún su lógica consecuencia, esto es: la asunción de las funciones que de ella se derivan.

En ese marco, comparto la opinión de mi colega el juez Luis F. Lozano en el apart. 7 de su voto, cuando dice que “no eran meras candidatas al tiempo en que fue promulgada la ley sino que estaban designadas por medio ficto y su designación no ha sido cuestionada”.

En consecuencia, los artículos de la ley 1086 cuestionados en este proceso regulan un supuesto diferente que supone la inexistencia de designación. Por tanto, la norma no puede ser invocada para dejar sin efecto las designaciones ya perfeccionadas de cada una de las amparistas.

No corresponde, entonces, hacer lugar a la inconstitucionalidad de los arts. 1º a 4º de la ley 1086. Basta señalar que esa norma es inaplicable al caso por lo dicho más arriba.

4. Como dije ya en el apartado precedente, las actoras revisten la calidad de juezas debido a la operatividad de los mecanismos fictos que la CCBA instituye para evitar dilaciones injustificadas en el procedimiento de designación de jueces. En efecto, el Consejo de la Magistratura en el marco del concurso 5/99 seleccionó a las amparistas para integrar la Cámara Contravencional y de Faltas y, finalizado el mismo, elevó a la Legislatura los pliegos de los candidatos seleccionados —entre ellos los de las actoras— (conf. art. 116, inc. 1º, CCBA). Luego, la Junta de Ética Acuerdo y Organismos de Control de la Legislatura inició el procedimiento previsto en la ley 6, se celebró la audiencia pública prevista en el art. 120 de la CCBA y finalmente, transcurrido el plazo previsto en el art. 118 de la CCBA, sin que la Legislatura se expidiera, las propuestas quedaron aprobadas en los términos de esa disposición constitucional.

5. Nadie discute en esta causa la facultad de la Legislatura para organizar la estructura del poder judicial (conf. arts. 81, inc. 2º, y 107, CCBA). Pero no toda actividad legislativa dirigida a cumplir con los arts. 81, inc. 2º, y 107 de la CCBA queda incluida en el ámbito de su competencia en la materia.

Agotado el plazo del art. 118 de la CCBA, las reformas estructurales que la Legislatura aprobara no alcanzan a quienes, como las actoras, habían satisfecho todos los requisitos constitucionales y legales para ostentar la calidad de jueces. En otros términos, y como ya lo señalara en el apartado anterior de mi voto, en relación con ellas, no es aplicable la ley 1086.

Una interpretación de la ley 1086 que entendiera que ella comprende situaciones consolidadas como la de las amparistas, excedería las facultades organizativas de la Legislatura contempladas en los arts. 81, inc. 2º, y 107 de la CCBA. Y ello porque aquella lectura desestabilizaría el equilibrio entre órganos, que en un estado democrático (como el que adopta la Ciudad, conf. art. 1º de la CCBA) se intenta asegurar a través del princi-

pio de división de poderes consagrado por los arts. 5° de la C.N. y 1° de la CCBA.

6. No comparto los argumentos de la Cámara que sostienen el punto 3 del dispositivo de la sentencia recurrida. Por lo que voto por revocar parcialmente la decisión.

He dicho más arriba que el poder legislativo debe actuar dentro de su competencia y que hacerlo supone algunas limitaciones. De igual modo el poder judicial debe ajustar sus decisiones al marco constitucional y legal. La función de los jueces es compleja, y esa complejidad se acentúa siempre que la efectividad de derechos reconocidos en una sentencia requiera la insoslayable actuación positiva de otros órganos.

Dice el Gobierno a fs. 308 que “es claro que la implementación de una estructura judicial permanente no se limita a la financiación de los cargos concursados, sino que requiere de muchos otros recursos, tanto humanos como materiales (otros funcionarios, empleados, espacio físico, materiales de trabajo, soporte técnico, servicios, etc.)”. Esa implementación no compete a los jueces de la Ciudad, ni a la Cámara ni al Tribunal Superior. Requiere en cambio, la “actuación positiva” de la Legislatura y del Consejo de la Magistratura. Corresponde, entonces, ordenar a una y a otro que ejerzan las atribuciones que le son propias y arbitren todos los medios necesarios a fin de posibilitar a las actoras el ejercicio de la función judicial.

7. Por las razones expresadas en este voto propongo:

- a) tener presente el desistimiento de la actora María Laura Garrigós de Rébora;
- b) hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad;
- c) confirmar parcialmente la sentencia de Cámara en cuanto declaró la inconstitucionalidad del art. 1° de la ley 935 y consideró aprobadas las propuestas de las actoras como juezas de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas;
- d) revocar la sentencia en cuanto declaró la inconstitucionalidad de los arts. 1°, 2°, 3° y 4° de la ley 1086 y ordenó al Consejo de la Magistratura que disponga lo que corresponda a efectos de recibir juramento a las actoras, y a asignar y readecuar las partidas presupuestarias necesarias para ponerlas efectivamente en funciones;
- e) ordenar a la Legislatura y al Consejo de la Magistratura que arbitren los medios necesarios según las competencias fijadas a cada uno de ellos en la CCBA y en las leyes pertinentes a fin de dar cumplimiento a esta sentencia; y

f) imponer las costas por su orden, en todas las instancias, atento al vencimiento parcial y recíproco (art. 14, CCBA).

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. En el caso se ha cuestionado la validez del art. 1º de la ley 935 y de los arts. 1º, 2º, 3º y 4º de la ley 1086 por ser contrarios a los arts. 118 y 110, respectivamente, de la Constitución de la Ciudad. Considero que el examen de la tacha de invalidez que las amparistas pretenden que recaiga sobre la ley 1086 es suficiente para resolver el fondo de la cuestión.

Llamo la atención sobre tres normas de la Constitución de la Ciudad: el art. 81, inc. 2º (sobre atribuciones de la Legislatura de la Ciudad): “Con el voto de la mayoría absoluta del total de sus miembros... 2. Sanciona los códigos Contravencional y de Faltas..., las leyes... sobre la organización del Poder Judicial... y las que requiere el establecimiento del juicio por jurados”; el art. 107 (“El Poder Judicial de la Ciudad lo integra el Tribunal Superior de Justicia, el Consejo de la Magistratura, los demás tribunales *que la ley establezca* y el Ministerio Público” —las cursivas son propias) y, finalmente, el art. 84, de acuerdo con el cual la Legislatura no se encuentra facultada para delegar sus atribuciones.

De la interpretación normativa que integra los tres dispositivos identificados y transcritos, se sigue que la potestad soberana de establecer la estructura del Poder Judicial es una competencia propia y exclusiva del Poder Legislativo de la Ciudad. Asimismo, en tanto el constituyente local ha establecido que corresponde a la Legislatura, con la mayoría absoluta del total de sus miembros, sancionar las leyes sobre organización del Poder Judicial (art. 81, inc. 2º, CCBA); lo mismo cabe concluir respecto de la facultad de establecer la cantidad de tribunales en un determinado fuero.

Fue precisamente en ejercicio de tales potestades que resultó sancionada la ley 7, que previó tanto la conformación “paulatina” del fuero contravencional y de faltas, como la existencia de una “primera integración” constituida, como mínimo, por una Cámara de seis miembros divididos en dos Salas, ello de acuerdo con las *necesidades del servicio* (Título IV, cláusula transitoria 3ª).

La CSJN tiene establecido que no corresponde a los magistrados juzgar sobre la oportunidad, conveniencia o eficacia de las medidas implementadas por los otros poderes del Estado en ejercicio de las funciones que le son propias, sino que es su misión esencial efectuar el control de compatibilidad de la ley o reglamento en juego con las garantías y derechos amparados por la Constitución Nacional (CSJN, 20/8/1996, “Steinman, Santiago c/Sarrible, Pedro J.”; JA, 2000-III, síntesis).

2. Ya he fundamentado normativamente que, según la Constitución de la Ciudad, la facultad del Parlamento local en lo que se refiere a la organización del Poder Judicial, es una potestad típica, privativa y soberana. En consecuencia, resultaría inválida la creación por vía jurisdiccional de las unidades encargadas de garantizar el servicio de justicia, o cualquier modalidad que implique la modificación de la planta existente, por ejemplo por reducción, incremento o sustitución.

Al aplicar el análisis hasta aquí expuesto al objeto de este amparo, se advierte que las accionantes pretenden su designación a través de la creación de un cargo por vía jurisdiccional, acción vedada por las razones que he señalado y en las que he profundizado *supra*. De confirmarse la sentencia del tribunal apelado, serían los jueces quienes ejercerían la competencia de crear cargos y designar nuevos magistrados en ellos. Cuanto más, las amparistas podrían alegar expectativas eventualmente frustradas que podrían sustentar una reparación pecuniaria, si decidieran invocar la responsabilidad patrimonial del Estado local por actividad lícita, sujeto ello, a su vez, a que logran acreditar los extremos que originarían dicha responsabilidad; pero, nuevamente, bajo ningún supuesto podrían lograr la creación, por vía jurisdiccional, de los cargos que conciernen a la medida de sus respectivos reclamos.

Por lo tanto, discrepo —en general— con la inconstitucionalidad declarada en la sentencia en crisis (punto 1, fs. 289, autos principales) referida a los arts. 1º, 2º, 3º y 4º de la ley 1086 y, conforme a ello, con la decisión expuesta en el punto 3 de esa sentencia (fs. 289 vta.), que debe ser revocada. Sin embargo, como se verá, coincido sustancialmente con el voto de mis colegas que, en virtud de la situación imperante (aprobación ficta de los pliegos ya operada), consideran que la Legislatura excedió sus atribuciones, únicamente, al fijar para estos jueces ya designados un plazo límite de duración de sus concursos y sus propuestas.

3. En lo que respecta a la pretendida inconstitucionalidad del art. 1º de la ley 935, como es sabido, la cuestión ha sido materia de reciente pronunciamiento del Tribunal, *in re* “Gil Domínguez, Andrés c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 2671/03, sentencia del 20/10/2004. Ello es así por cuanto se ha configurado el supuesto que prevé el art. 24 de la ley 402, para el caso de declaración de inconstitucionalidad de una ley: “Si dentro de los tres meses de notificada a la legislatura la sentencia declarativa, la ley no es ratificada por mayoría de los dos tercios de los miembros presentes, pierde su vigencia desde el momento de la publicación en el *Boletín Oficial* de la sentencia que declaró la inconstitucionalidad”. Precisamente, la ley 935, declarada inconstitucional por mayoría de este Tribunal, no ha sido ratificada por la Legisla-

tura local, con los recaudos previstos en la norma *supra* citada. Carece de sentido, entonces, toda la discusión acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del art. 1º de la ley 935: lo cierto es que, operada ya su expulsión del seno normativo de la Ciudad de Buenos Aires, los actores pueden considerar válidamente que la actividad de la Legislatura en su nombramiento —aceptación o rechazo del pliego— ya culminó por el efecto de su omisión. De este modo, carece de sentido y de razonabilidad la parte final del art. 2º de la ley 1086 (sustitutiva de la disposición transitoria tercera de la ley 7) en tanto fija el “plazo de tres años contados a partir de la publicación de la presente ley” durante los cuales “mantienen su vigencia” “los concursos públicos” referidos a las aquí actoras. En efecto, si quedara una vacante en los cargos que ellas reclaman, en el futuro, o si se crearan nuevos cargos, las actoras deberán ocuparlos conforme a la aprobación ficta del pliego que les corresponde, antes mencionada. En síntesis, como lo han decidido mis colegas, ésta es la única parte de la sentencia de Cámara que debe conservar vigencia.

4. Sobre las costas, creo justo que, como existen vencimientos recíprocos, conforme a las particularidades de la acción y de la causa, y toda vez que las amparistas pudieron creerse con derecho a litigar, ellas deben imponerse en el orden causado.

5. Por lo expuesto, voto en el mismo sentido que los demás jueces respecto de los puntos 1º, 2º y 3º del dispositivo propuesto, con la salvedad —que aquí no interesa a la solución práctica del caso— de que, según mi opinión, ya dada a publicidad, las llamadas declaraciones de inconstitucionalidad forman parte de los fundamentos de una sentencia —para el caso del fundamento normativo que aplica o deja de aplicar ciertas reglas— y, por lo contrario, no integra la parte dispositiva de la sentencia (salvo el caso especial de la acción de inconstitucionalidad, CCBA, art. 113, inc. 2º).

En cambio, discrepo con el dispositivo 4º de la mayoría, en tanto, como puede verse en el punto anterior, yo distribuyo las costas por el orden causado (coincidencia con el voto de la señora jueza Ruiz).

Por ello, oído el señor fiscal general, por unanimidad salvo en lo que respecta a las costas que se deciden por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Tener presente* el desistimiento de la actora María Laura Garrigós de Rébóri.

2°. *Hacer lugar* parcialmente al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Procuración General de la Ciudad y *confirmar* la sentencia de Cámara en cuanto tiene por designadas como juezas de cámara a las actoras Marta Paz y Silvina Manes.

3°. *Revocar* la sentencia de Cámara en cuanto declaró la inconstitucionalidad de los arts. 1°, 2°, 3° y 4° de la ley 1086 y ordenó al Consejo de la Magistratura que disponga lo que corresponda a los efectos de que se reciba el juramento a las actoras y se asignen o readecuen las partidas presupuestarias necesarias para ponerlas efectivamente en funciones.

4°. *Imponer* las costas a la demandada en todas las instancias.

5°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva a la Cámara remitente.

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

XIII

“MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA CONTRAVENCIONAL
Y DE FALTAS Nº 3— S/QUEJA POR RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘MONTERO
MONTERO, MARÍA NELA S/INFRAC. ART. 71 —APELACIÓN”

**RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad. Garantía de *ne bis in idem*.
Nulidad del acta de debate. Sentencia equiparable a definitiva. Error
ordinario de procedimiento. Continuación del proceso. Nuevo juicio**

Expte nº 3739/04 - 9/3/2005

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

El 16/6/2004 tuvo lugar la audiencia de debate y fue dictada la sentencia (fs. 30/32 vta. y 33/36 vta. del expediente principal, respectivamente) que condenó a Montero Montero a la pena de apercibimiento y prohibición de concurrencia al ejido jurisdiccional de la Comisaría nº 16 de PFA.

El defensor oficial interpuso recurso de apelación con base en distintos agravios, entre ellos solicitaba la nulidad del acta de debate. La defensa sostuvo que dicha acta contraría el art. 47 por omitir la transcripción de las declaraciones testimoniales en tanto no “contiene las partes sustanciales de la prueba diligenciada y de la intervención de las partes” y que ello acarrea la violación del derecho de defensa (arts. 31 y 75, inc. 12, C.N. y 13 inc. 3º, CCBA). En este sentido, en el recurso de apelación, el defensor oficial sostiene que “este planteo se sustenta en una grave omisión en la que se ha incurrido —la transcripción de las declaraciones testimoniales— [...] En especial me estoy refiriendo a la testimonial de Benítez” (fs. 10 vta).

La Cámara anuló el acta debido a que no respetaba lo dispuesto en el art. 47 de la L.P.C., lo cual acarrea la violación de los principios constitucionales de defensa en juicio y doble instancia; en atención a ello, no valoró los restantes planteos de la defensa.

Conjuntamente con la nulidad del acta de debate, la Cámara resolvió apartar a la jueza de primera instancia del conocimiento de la causa y remitir las actuaciones al magistrado de primera instancia que correspondiese en turno.

Contra ese pronunciamiento, el defensor oficial interpuso recurso de inconstitucionalidad agravándose de la remisión de la causa al juez que corresponda en turno en cuanto supone reenvío a primera instancia para nuevo juzgamiento porque ello configura, a su entender, una violación de las garantías de *ne bis in idem* y duración razonable del proceso. Denegado el recurso, articuló la presente queja.

Corrido traslado al Ministerio Fiscal, éste dictaminó que la queja debía ser rechazada en atención a que la resolución recurrida no constituye una sentencia definitiva o equiparable a tal y que la recurrente carece de un agravio real.

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. La queja cumple con lo dispuesto por el art. 33 de la ley 402 en cuanto a oportunidad y forma.

2. En lo relativo a la supuesta violación del principio de duración razonable del proceso, si bien el recurso menciona normas constitucionales y numerosos precedentes, no vincula adecuadamente la garantía constitucional invocada con los hechos de la causa en trámite.

3. La alegada violación del principio *ne bis in idem*, en cambio, viene desarrollada enjundiosamente. Aunque la providencia recurrida, como

principio, no es la definitiva porque no pone fin al pleito, en cambio, es equiparable a tal, en tanto la garantía invocada sólo es susceptible de tutela inmediata, pues consiste precisamente en evitar la continuación del proceso [Nota: Esta es la doctrina de la CSJN, emitida, entre otros pronunciamientos, en la causa “Polak, Federico G. s/violación de los deberes de funcionario público”, P.259, XXXIII, del 15/10/1998, cuyo consid. 9º) transcribo a continuación: “[q]ue si bien los pronunciamientos que decretan nulidades procesales no son, como principio, sentencia definitiva en los términos del art. 14 de la ley 48, cabe hacer excepción a esa regla general en la medida en que, sobre la base de consideraciones rituales insuficientes, se hayan dejado sin efecto actuaciones regularmente realizadas en un juicio criminal (*Fallos*, 272:188; 295:961; 297:486; 298:50; 300:226; 301:197; 302:843) y el apelante haya invocado la garantía de no ser sometido nuevamente a proceso penal por el mismo hecho (*Fallos*, 248:232; 250:724; 292:202; 299:221; 300:1273; 301:1069). Y ello es así porque, mediante el recurso en examen, lo que se pretende es evitar la realización de ciertos actos procesales que afectarían garantías constitucionales vinculadas a las formas del enjuiciamiento penal, por lo que resultaría tardío atender esos agravios en ocasión del fallo final de la causa, pues en ese caso, aunque la sentencia fuese absolutoria, el perjuicio que el apelante hubiera querido evitar ya se habría soportado. Criterio éste que, por lo demás, en cuanto a la oportunidad del agravio, fue sostenido por la mayoría del Tribunal en el precedente «Weissbrod» (*Fallos*, 312:597, consid. 4º).

En idéntico sentido, puede verse el precedente “Taussig” publicado en *Fallos*, 314:377].

A su vez, el envío de la causa al juez que habría de conocer importa un impulso que la defensa no estaba obligada a prever, pues no fue pedido por el fiscal.

En tales condiciones, a los efectos del recurso de inconstitucionalidad, no le es exigible un mayor desarrollo de la cuestión en las instancias ordinarias, puesto que tal exigencia llevaría a una prolongación excesiva del proceso y posiblemente al sometimiento a un mayor riesgo, con potencial perjuicio para la defensa y aun para la acusación, si las nuevas actuaciones fueran concretadas sin definir previamente, de modo final, si puede serlo o cómo deben ser desarrolladas para evitar nuevas nulidades.

4. Existen dos modos de concebir la garantía que nos ocupa. Uno de ellos, de raíz europea (comúnmente conocido como *ne bis in idem*), centra la protección en evitar que una persona sea juzgada más de una vez por un mismo hecho. En este sentido, aquel a quien la garantía asiste puede repe-

ler un segundo proceso, instado después de una condena o absolución dispuesta en uno anterior, y aún uno instado mientras está en curso otro. Pero, el procesado debe soportar un proceso completo y válido, por lo que, como principio, no le sirve para escapar a la prosecución del trámite, una vez anulada una de sus partes. El otro, adoptado por la constitución de los EE.UU. (prohibición del *double jeopardy*), veda al estado la posibilidad de someter a un individuo más de una vez al riesgo de ser condenado por el mismo hecho. En tal sentido, en “Green” [Nota: “Green v. United States”, 335 US 1 (1942)] la Corte Suprema estadounidense sostuvo que esta garantía prohíbe al estado repetir varios procesos “aumentando la posibilidad de que siendo inocente él [encausado] pueda ser encontrado culpable”. [Nota: En el original: “...enhancing the possibility that even though innocent he may be found guilty”, ob. cit.]. Esta idea ha sido recogida por la Corte Suprema de la Nación en el precedente “Polak” (*Fallos*, 322:2826) en el que sostuvo que: “...a partir del fundamento material de la citada garantía no es posible permitir que el Estado, con todos sus recursos y poder, lleve a cabo *esfuerzos repetidos* para condenar a un individuo por un supuesto delito...” [Nota: El destacado me pertenece].

Es jurisprudencia y doctrina estadounidense pacíficamente establecida que la prohibición de doble juzgamiento implica que “el estado no podría apelar un veredicto de inocencia, si la consecuencia es el reinicio del juicio”. [Nota: En el original: “...the government may not appeal a judgement of acquittal, if the effect would be a retrial”, COSTA, Jennifer E.: “Double Jeopardy and *Non Bis In Idem*: Principles or Fairness”, *U.C. Davis Journal of International Law and Policy*, 1998. En este sentido, con cita en los casos “Sanabria v. United States, 473 US 54 (1978) y United v. States v. Wilson, 420 US 332 (1975)"] En cambio, en la concepción europea “el fiscal puede apelar agraviándose de errores de derecho y cuestiones de hecho. En la apelación, un tribunal revisor puede revertir y reenviar el juicio o revisar la sentencia” [Nota: En el original: “...a prosecutor may appeal errors of law and questions of facts. On appeal, a reviewing court may reverse and remand the case, or revise the judgment”, ob. cit., con cita de BASSIOUNI, Cherif: “Human Rights in the Context of criminal Justice: Identifying International Procedural Protection and Equivalent Protections in National Constitution”, 3 *Ducke J. Comp. & Int’l*, 1993, *supra* note 14, at 288].

Antes de su inclusión como garantía constitucional expresa —a través de la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos y la reforma constitucional de 1994—, este principio ya había sido adoptado por la CSJN, considerándolo como

parte del derecho de defensa (art. 18, C.N.) [Nota: ¹ En la obra de CARRIÓ, Alejandro D.: *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Hammurabi, 4ª reimp., 2000, p. 442, puede verse un análisis profundo de la evolución de la garantía en la doctrina de la CSJN] o entre los derechos implícitos reconocidos por nuestra constitución (art. 33, C.N.). En 1977, en el precedente “Ganra de Naumow” (*Fallos*, 299:221), la Corte reconoció la garantía hasta hacerla alcanzar el derecho a evitar un procesamiento pendiente otro, cuyo objeto comprendía el del segundo, y adoptó la idea de nueva exposición al riesgo como eje de la protección. En este sentido, sostuvo que “la garantía contra el doble proceso” veda “no sólo la aplicación de una nueva pena por el mismo hecho, sino también la *exposición al riesgo* de que ello ocurra a través de un nuevo sometimiento a proceso de quien ya lo ha sido por el mismo hecho” [Nota: El destacado me pertenece] (dictamen del procurador general, Elías E. P. Guastavino, al que remite, por unanimidad, la Corte).

Este contenido constitucional implícito fue desarrollado en una nutrida jurisprudencia de la CSJN, de la que, en lo que aquí específicamente nos ocupa, sobresalen los fallos “Mattei” (*Fallos*, 272:188), Taussig (*Fallos*, 314:377) y, más modernamente, “Polak” [Nota: Véase CARRIÓ: ob. cit., pp. 456 y ss.].

5. Con los arts. 8.4 de la CADH, 14.7, PIDCP —que, desde 1994, ostentan jerarquía constitucional a nivel nacional (art. 75, inc. 22, C.N.) y desde 1996 a nivel de la Ciudad (art. 10, CCBA)— y el art. 7º del Cód. Contrav., el *ne bis in idem* ha adquirido formulación expresa. Dicha formulación parece más inspirada por la concepción europea, pero tales normas no pueden ser interpretadas sino en el contexto de los pronunciamientos de la CSJN a que me vine refiriendo. Por una parte, porque nada indica que el legislador local haya querido restringir la garantía, tal como está implícita en nuestra constitución federal, ni ello le habría sido posible con arreglo al art. 5º de la C.N. A su turno, los derechos reconocidos por los pactos internacionales incorporados a la C.N. no pueden ser interpretados en un sentido que restrinja derechos anteriormente reconocidos por ella (art. 75, inc. 22, C.N.). Ello conduce a tener como guía el desarrollo hecho por la CSJN, al que me referiré más abajo.

6. En el caso que nos ocupa, la procesada sufrió una condena que la Cámara *a quo* declaró nula.

El juicio frustrado genera con respecto al procesado dos situaciones. La primera es la dilación excesiva del proceso, situación que por sí podría justificar que el procesado fuera eximido de ulteriores padecimientos derivados de una prolongación excesiva de las actuaciones. Esto no sería en

virtud de la garantía del *ne bis in idem* sino en atención al derecho a un juicio razonablemente rápido. Un ejemplo claro de este supuesto lo da, en nuestra jurisprudencia, el caso “Mattei”; en ese precedente la Corte sostuvo que el “derecho a un juicio razonablemente rápido se frustraría si se aceptara que, cumplidas las etapas esenciales del juicio, y cuando no falta más que el veredicto definitivo, es posible anular lo actuado en razón de no haberse reunido pruebas de cargo, cuya omisión sólo cabría imputar a los encargados de producirlas, pero no por cierto al encausado. Todo ello en perjuicio para éste en cuanto, sin falta de su parte, lo obliga a volver a soportar todas las penosas contingencias propias de un juicio criminal, inclusive la prolongación de la prisión preventiva...”.

En los casos en que el juicio se extiende más allá de lo razonable, los fundamentos que impiden retrotraer el proceso se basan en los principios procesales de progresividad y preclusión y el derecho, que la Corte estimó como parte del art. 18 de la C.N. en “Mattei”, “de todo imputado a obtener —luego de un juicio tramitado en legal tiempo y forma— un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de libertad que comporta el enjuiciamiento penal”.

Los principios de progresividad y preclusión son principios procesales que, como tales, son reglamentados por los legisladores locales (art. 5º y 121, C.N.), con la evidente salvaguarda de que no reduzcan las garantías consagradas en las constituciones nacional y local.

Los supuestos que comprometen tales principios no afectan, necesariamente, también, la garantía del *ne bis in idem*.

La segunda situación que la renovación de un juicio frustrado suscita es la posibilidad de que se incremente, por esa vía, el riesgo que el procesado debe soportar.

En este orden de ideas, nuestra corte federal, en el caso “Polak”, con cita de jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, sostuvo que “el imputado no tiene un derecho a la absolución cuando el reenvío del juicio se funda en errores ordinarios del procedimiento (‘Lockhart v. Nelson’, 488 US, at. 685; ‘Oregon v. Kennedy’, 456 US, at. 685; ‘Tibbs v. Florida’, 457 US, at. 21,40, 1982), [pero] ello no debe hacer perder de vista que el gobierno —en nuestro caso el fiscal— no puede manipular el primer juicio para evitar una posible absolución y mantener abierta la chance de un nuevo juicio al imputado (‘Jorn’, 400 US at. 484), de modo que también se ha incluido en el fundamento de la cláusula que el Estado no tiene derecho a un nuevo juicio cuando es él que origina estos errores, porque la situación se equipara al supuesto en que ha fallado al presentar el caso (‘Oregon v. Kennedy’, 456 US 667, 1982)”.

La idea de que la parte acusadora no puede frustrar un primer proceso para mejorar la posición en otro ulterior aparece también expuesta en el precedente Taussig (*Fallos*, 314:377).

Ello lleva a analizar si la necesidad de retrotraer el proceso se debe a una falta de la defensa o si existen razones que justifiquen que el juicio sea retrotraído en alguna de sus etapas o se inicien nuevas actuaciones.

7. La Corte Suprema estadounidense ha desarrollado esta cuestión en nutrida jurisprudencia a propósito del denominado *mistrial*. El *Black's Law Dictionary*, en la acepción referente al tema que aquí nos ocupa, define el *mistrial* como “juicio que el juez determina finalizado, sin un pronunciamiento de mérito, debido a un error procesal o una falta seria ocurrida durante el proceso” [Nota: “Mistrial. 1. A trial that the judge brings to an end, without a determination on the merits, because of a procedural error or serious misconduct occurring during the proceedings”, en *Black's Law Dictionary*, 7th. ed., West Group, St. Paul, Minn. (1999)].

La Corte estadounidense sostuvo que, en estos casos, la garantía del doble juzgamiento no prohíbe retrotraer o reiniciar un juicio en dos supuestos. El primero de ellos es cuando existe “manifiesta necesidad” del juez de declarar frustrado el juicio —*mistrial*— en casos en que no se puede llegar a un veredicto por razones de justicia o interés público. Esta jurisprudencia se retrotrae a 1824 en “Pérez” [Nota: “United States v. Pérez”, 22 US 579 (1824)], pero ha sido confirmada, modernamente, por ejemplo, en “Wade v. Hunter” [Nota: 336 US 684 (1949)] entre otros.

El segundo supuesto es cuando el juicio se ve frustrado debido a que la defensa cometió una falta o tuvo el control principal sobre la situación que devino en la frustración del proceso; así en “Arizona v. Washington” [Nota: 434 US 497 (1978)], entre otros.

La prohibición de doble juzgamiento se vuelve operativa cuando el fiscal busca utilizar la declaración de *mistrial* —la frustración del juicio— con el objetivo de mejorar la acusación o la prueba incluida en el proceso. Así, en “Downum” [Nota: “Downum v. United States”, 372 U. S. 734 (1963)] la Corte estadounidense prohibió que el proceso fuese retrotraído debido a que el fiscal intentó utilizar este instituto para incluir un testigo que no había sido utilizado.

8. De lo antedicho se sigue que, si bien el principio *ne bis in idem*, *per se*, no siempre impide retrotraer, o mejor dicho renovar, el juicio dentro de los marcos dados por las normativas procesales, veda sí, aumentar el riesgo soportado por el procesado.

Ello es el resultado de buscar el escenario en que convivan la más plena aplicación de la ley procesal, que establece cómo reponer, en el lugar de los actos nulos, otros válidos, con la garantía del *ne bis in idem*.

Cuando los individuos a cuyo cargo pone el estado el trámite y conclusión del proceso lo frustran de un modo voluntario cabe entender que con ello asumieron el riesgo de ver frustrada la pretensión punitiva y por tanto el proceso no puede proseguir o reiniciarse. En el otro extremo, un error, como el de autos, sobre cuya base la Cámara *a quo* declaró nula el acta y lo obrado en consecuencia no permite inferir esa postura por lo que corresponde buscar la operatividad del *ne bis in idem* pero por vías compatibles con la reiteración de los actos procesales.

Ello es así, en tanto esa prosecución no redunde en la aplicación de una pena más gravosa que la sufrida en la condena anulada. Con esta primera condena privada de efecto corrió un riesgo que no puede ser agravado.

Así también, en estos casos, el *ne bis in idem* impide que nuevos actos procesales sean empleados para reunir o producir nuevas pruebas de cargo, incluso recibir los testimonios de quienes ya depusieron en la causa con un alcance que no hayan tenido en la audiencia de debate del día 16/6/2004 si ello es empleado para provocar un mayor gravamen al imputado.

9. En el caso en examen, no surge que la Cámara *a quo* haya constatado que el vicio que la llevó a decretar la nulidad haya sido el resultado del obrar intencionado de los magistrados o funcionarios que el estado destaca al servicio del proceso. Por el contrario, la nulidad decretada por la Cámara encuentra fundamento en un, “error ordinario del procedimiento” —según la denominación de la Corte en “Polak”—; y como tal no constituye un óbice a la reiteración total o parcial del proceso ni puede desembocar, por sí misma, en la absolución de la imputada.

Durante los alegatos de la audiencia de debate, el defensor oficial dejó constancia de que el testimonio de la Sra. Benítez no había sido transcripto y que ello afectaba el derecho de defensa de Montero Montero, empero no consignó cuál era la información omitida de un modo que pusiera al juez en una encrucijada tal que sólo intencionalmente hubiera podido incurrir en el vicio cuya existencia declaró la Cámara. En este sentido, el defensor solamente alegó que “...la testigo Benítez hizo consideraciones de tipo general, y no se refirió a la actividad concreta de la Sra. Montero Montero”, y que “...la declaración fue muy vaga, y que no se refirió directamente a Montero...” (*sic*) (fs. 3), ello en el marco de un acta que no reproduce íntegramente lo declarado sino su sentido.

Dadas las especiales características del proceso, las condiciones en que se realiza el acta de debate y que la nulidad decretada por la Cámara encuentra fundamento en un “error ordinario del procedimiento” la continuación del proceso no viola, por sí sola, la garantía constitucional de *ne bis in idem*.

Por otra parte, tampoco surge de las constancias del caso que el hecho de retrotraer el proceso esté sometiendo a la imputada a “molestias, gastos y sufrimientos y obligándol[a] a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad” (“Polak”) más allá de lo razonablemente producido por un proceso.

A la luz de las anteriores consideraciones, la decisión recurrida debe ser confirmada en cuanto implica hacer lugar a la realización de una nueva audiencia de debate, mientras que debe ser modificada para someter a los límites explicados este nuevo desarrollo procesal que la Cámara habilitó sin establecer dichos límites convenientemente.

10. Por lo expuesto, corresponde hacer lugar a la queja y parcialmente, con el alcance indicado, al recurso de inconstitucionalidad, confirmando la sentencia en cuanto reenvía para continuar el proceso, y revisándola mandando que el fiscal no podrá requerir una condena a una pena mayor que la que establecía la decisión privada de efectos ni recabar que a los testigos ya examinados se les reciban declaraciones con un alcance mayor del que tuvieron las ya vertidas en la audiencia de debate realizada el día 16/6/2004 ni producir prueba distinta de la que produjo en aquella audiencia.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Más allá del yerro o del acierto de la Sala II de la CACyF al anular la sentencia y, al parecer, el debate, todo a pedido de la defensa y por recurso de apelación de ella, lo cierto es que la resolución ordena repetir el procedimiento oral y público previo a la sentencia, ante la existencia de un supuesto vicio en el anterior llevado a cabo, con lo cual resulta clara la inexistencia del requisito de la *sentencia definitiva* previsto en el art. 27 de la ley 402.

2. Pero, además, tiene razón la Fiscalía General cuando observa la inexistencia de un agravio (fs. 82 vta.). El imputado que ha sufrido un juicio injusto, por omisión de algún proceder obligatorio según la ley o por la realización de una acción que importa un proceder contrario a la ley, tiene derecho a recurrir el resultado de ese juicio —la sentencia— para que se lleve a cabo un nuevo juicio ahora justo (leal: *fair trial*), que legitime correctamente la decisión del tribunal competente (llamado *juicio de reenvío*). Por lo contrario, el imputado no tiene un derecho a la absolución, ni la cláusula de garantía del *ne bis in idem* funciona frente a su recurso. De allí emerge la carencia de agravio de la imputada, porque el tribunal de apelación, mal o bien, ha respondido y dado razón a la vía recursiva por ella intentada (fs. 82 vta.) y, consecuentemente, ha ordena-

do lo que corresponde frente al supuesto yerro que la Cámara encontró en el procedimiento anterior a la sentencia.

Respecto del otro motivo, el *plazo razonable*, él resulta totalmente abstracto, en el sentido constitucional, porque el recurrente no ha impugnado, de manera alguna, el art. 31 del Cód. Contrav., que es el que establece, para nuestra materia, plazos de persecución penal, ni ha indicado cuál es el plazo que él considera razonable para la persecución de contravenciones.

3. *Obiter dictum*: no es cierto, a mi juicio, que el acta del debate contenga algún yerro que elimine el debate por injusto (arts. 6º, L.P.C., y 394, II, CPPN). En realidad, lo que la Sala II pretende es transformar un procedimiento oral y público en primera instancia en un procedimiento escrito y secreto en la llamada “segunda instancia” (esto es, en verdad, en la segunda primera instancia), por intermedio del acta del debate, cuando, en realidad, es la sala la que, frente al recurso del condenado, debió realizar un nuevo debate en los límites correspondientes (del recurso).

4. Quisiera emitir una breve opinión acerca de la enjundiosa sentencia propuesta por el señor juez de trámite, porque, entre otras cosas, es mi deber intentar que el dispositivo que propone su voto no sea aprobado. No pretendo tampoco emitir un voto tan erudito sobre la cuestión y, para ello, remito a la multiplicidad de artículos que sobre el tema he publicado tanto en el país como en el extranjero, reproducidos en parte en mi *Derecho procesal penal. Fundamentos* (2ª ed.), t. I, parág. 6, E y H.

No se trata aquí de un recurso acusatorio, esto es, de quien persigue penalmente para obtener una condena frente a una absolución o para obtener una condena más grave frente a una condena benigna; acerca de ello debo ser yo la única voz que, en materia penal, ha explicado la imposibilidad del recurso acusatorio por varios fundamentos, pero, de modo especial, constitucionalmente, por el significado de la cláusula de garantía conocida por el aforismo romano *ne bis in idem*. La CSJN no ha reconocido ni de lejos tal doctrina, porque ha permitido siempre a los acusadores recurrir absoluciones o condenas benignas.

Por lo contrario, se trata en el caso del ejercicio de un derecho del imputado —y de la defensa mientras no lo inhiba el propio imputado— de recurrir la sentencia condenatoria, recurso que reconocen las convenciones internacional y regional sobre derechos humanos (PIDCP, 14, n° 5; CADH, 8º, 2º, h), vinculantes para nuestro país, y que el defensor ha utilizado en este caso con éxito, pues ha logrado anular la condena y remitir a un nuevo juicio en el que, supongo, procurará la absolución o, al menos, una condena más benigna.

A propósito de esto último, es absolutamente claro —ahora sí, para todos— que ese llamado *juicio de reenvío* no debe conducir a una sentencia más grave para el recurrente que aquella que se impugna; a lo sumo podrá conducir a la confirmación de la sentencia anterior (*dobles conforme*). Este principio, conocido como la prohibición de la *reformatio in peius*, es aplicable según la propia ley de procedimiento (art. 6º, L.P.C., y 445, III, CPPN). Por lo demás, es absolutamente claro que los límites del juicio de reenvío están vinculados estrechamente al recurso del imputado (art. 445, I, CPPN). Pero ello no puede ser ordenado por el tribunal, sino tan sólo respetado por el tribunal de mérito, porque, frente a una nueva sentencia que él dicte, el único medio para hacer valer la prohibición es, precisamente, la impugnación de la sentencia por el imputado o por alguien a su favor. Con ello quiero decir que lo que se pretende ordenar en la sentencia a los jueces de mérito no podrá ser controlado por el tribunal —la eventual desobediencia—, si no recurre la sentencia el imputado u otro a su favor, incluso en ese supuesto, sólo en el caso de que el recurrente esgrima correctamente un agravio constitucional.

Tampoco es correcto expresar órdenes al tribunal de mérito —y mucho menos aún a la fiscalía— acerca de cómo debe comportarse respecto de testigos y de la prueba en general. Por de pronto, el testigo se comportará como él quiere porque no podemos valorar el testimonio antes de recibirlo. Pero, en verdad, lo único ordenado por la cláusula de la *reformatio in peius* es que la eventual sentencia de condena no supere a la anterior dictada, cualquiera que sea el contenido y el mérito de la prueba recibida en el juicio de reenvío. Por supuesto, esto condicionará la actuación razonable de un fiscal, pero resulta imposible de ordenar para el tribunal, quien sólo podrá resolver algún conflicto al respecto, si la sentencia del juicio de reenvío es recurrida por el imputado o por alguien a su favor.

Si he escrito algo sobre el particular es porque reputo un grave error, como lo he expuesto innumerables veces en las deliberaciones del tribunal, que él ordene comportamientos a funcionarios judiciales (jueces independientes y ministerio público, con autonomía de decisión), sólo presuntamente “inferiores” en rango. En verdad, la organización judicial no es una organización *vertical*, sino una en la cual, en el ámbito de los tribunales de justicia, cada uno de ellos cumple con independencia la función que la ley le indica, mejor expresado, para la cual la ley lo declara competente, en nuestro caso, la decisión acerca del recurso de inconstitucionalidad. Mucho menos aún son concebibles las órdenes dirigidas al ministerio público.

Por lo expuesto, voto por rechazar la queja interpuesta a fs. 59/74 vta.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

La decisión que se recurre no constituye una sentencia definitiva o equiparable a tal, como lo explica el señor fiscal general adjunto en el punto II de su dictamen (fs. 82). Este argumento, en mi concepto, resulta suficiente para desestimar la presente queja.

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Coincido con lo expuesto por Julio B. J. Maier en los puntos 1 y 2 de su voto en cuanto a que la decisión de Cámara, en tanto determina que se realice un nuevo juicio, no genera agravio constitucional alguno para la recurrente. Ella tiene derecho a un juicio justo, realizado con plena sujeción a los requisitos procesales que hacen a la garantía del debido proceso, mas no a una absolución derivada de la nulidad, no es como lo pretende que opera el principio de *ne bis in idem*, como claramente lo ha explicado mi colega.

Las cuestiones relativas a la pena que podrá requerir el Ministerio Público o a los alcances de la prueba a producir en el nuevo proceso son, en este estado, meramente hipotéticas, por lo que me abstengo de toda consideración al respecto.

Toda vez que, en razón de lo decidido por el *a quo* no nos encontramos ante una sentencia definitiva, la queja resulta improcedente, como bien lo han señalado los jueces Maier y Casás.

Así lo voto.

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

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Rechazar* la queja interpuesta a fs. 59/74 vta.

2°. *Mandar* se registre, se notifique y oportunamente se devuelva esta queja a la Sala II de la Cámara Contravencional.

La jueza Alicia E. C. Ruiz no firma la presente por encontrarse en uso de licencia.

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

XIV**“ASOCIACIÓN DE LA BANCA ESPECIALIZADA,
ASOCIACIÓN CIVIL C/GCBA S/ACCIÓN
DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD”****ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD:**

Admisibilidad. Control abstracto de constitucionalidad. Impuesto sobre los ingresos brutos. Base imponible. Convenio multilateral. Acuerdo interjurisdiccional. Potestad tributaria nacional y provincial. Atribuciones de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires. Regresividad. Política fiscal. Entidades financieras. Actividad de intermediación. Confiscatoriedad. Impuesto trasladable. Principio de igualdad. Razonabilidad

Expte. nº 3136/04 - 16/3/2005**VISTOS:**

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Asociación de la Banca Especializada (ABE), representada por los abogados Elena Irene Buz y Juan Carlos Fröhlich, promueve acción directa de inconstitucionalidad en los términos de los arts. 113, inc. 2º, CCBA y 17 y ss. de la ley 402. La demanda persigue la declaración de inconstitucionalidad del art. 1º, apartado 11, del Anexo I, de la ley 1192 de la Ciudad, que modifica el art. 158 del C.F. (t.o. en 2003), en cuanto establece un nuevo criterio para la fijación de la base imponible para el impuesto sobre los ingresos brutos en las operaciones realizadas por las entidades financieras comprendidas en la ley nacional 21.526 (“Ley de Entidades Financieras” o “Ley de Bancos”, del 14/2/1977). De acuerdo con la modificación aprobada por la Legislatura local, la base imponible de dicho gravamen estará “constituida por el total de la suma del haber de las cuentas de resultado, no admitiéndose deducciones de ningún tipo”. La actora considera que la disposición legal es contraria a los arts. 31, 16, 17 y 28 de la C.N. y a los arts. 7º, 10, 11, 12, inc. 5º y 51 de la CCBA (fs. 31).

2. La Procuración General del GCBA defiende la constitucionalidad de la norma atacada. En esencia, ella intenta mostrar la inaplicabilidad de aquellas normas de derecho intrafederal que la actora, con fundamento en el art. 31 de la C.N., interpreta contrariadas por la disposición en crisis, la improcedencia del agravio referido a la supuesta confiscatoriedad del im-

puesto y, también, la imposibilidad jurídica de aplicar la analogía en la interpretación del hecho imponible, como argumento para que las entidades financieras rijan su contribución como está previsto en el caso de los intermediarios.

3. El señor fiscal general de la Ciudad, en oportunidad de emitir su dictamen en la causa, propuso al tribunal no hacer lugar a la acción de inconstitucionalidad interpuesta (fs. 97 vta./100). Primero, él consideró que, en la demanda, la actora no aportó argumento válido alguno que sustentara el supuesto “deber”, por parte del legislativo local, de respetar el principio de “determinación sobre la base de las diferencias” —esto es, el cálculo de la base imponible del impuesto en cuestión sobre la base de la diferencia entre intereses activos y pasivos de las entidades financieras (fs. 98 y 98 vta.)—. En segundo lugar, la Fiscalía entendió que la acción era infundada y sugirió, sobre la base de jurisprudencia que cita, que no debería haberse declarado *admisible* por el TSJ (fs. 98 vta.). Tercero, el fiscal no considera que las disposiciones de derecho intrafederal que invoca la actora, específicamente aquellas contenidas en el Acta de Concertación de 1976, aún tengan vigencia normativa, puesto que tal dispositivo legal tuvo por objeto instrumentar una política fiscal para el siguiente ejercicio que permitiera superar, como enuncia la propia norma, un estado de emergencia nacional entonces imperante y actualmente superado (fs. 98 vta./99). Por lo demás, el fiscal general explica “que el Convenio Multilateral no es una ley federal, ni un tratado internacional [y] quien pretende incluir dicho Convenio en el art. 31 de la C.N. debe justificar dicha incorporación” (fs. 99). Finalmente, en cuanto a las observaciones de la actora referidas a la afectación a la capacidad contributiva de las entidades que representa, así como al carácter confiscatorio del gravamen, el señor fiscal general rechaza ambas tachas por considerar que “no se ve por qué razón... el aligeramiento de la presión tributaria sobre los bancos ha de estar necesariamente vinculado al descuento de los intereses pasivos” (fs. 99, vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Al expresar su primer agravio, la actora señala que la norma impugnada lesiona el rango de prioridad normativa establecido en el art. 31 de la C.N., al ser contraria al *Acta de Concertación* del 3/12/1975 y al *Convenio Multilateral* del 18/8/1977 (fs. 31/31 vta.). La demandante interpreta que ambos acuerdos son de acatamiento obligatorio por la autoridad local en virtud de lo dispuesto por el art. 31 de la C.N., y por el art. 9º,

inc. d) de la ley de coparticipación federal de impuestos n° 23.548. Dicha norma establece: “La adhesión de cada provincia se efectuará mediante una ley que disponga: (...) d) Que continuarán aplicando las normas del convenio multilateral del 18/8/1977 sin perjuicio de ulteriores modificaciones o sustituciones de éste, adoptadas por unanimidad de los fiscos adheridos”. La parte también sostiene que la reforma afecta el art. 7° de la CCBA, en tanto importa por el Gobierno local el desconocimiento de obligaciones legítimas de la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, que la Ciudad Autónoma asumió como propias en su carácter de sucesor de aquella (fs. 31 vta.).

El argumento carece de sentido ya desde el punto de vista meramente jurídico-positivo. El Convenio Multilateral de 1977 no establece ni define base imponible alguna para el impuesto a los ingresos brutos, ni podría hacerlo, por la sencilla razón de que ello afectaría la distribución de los poderes impositivos entre la Nación y las provincias, e, incluso, internamente en cada una de las constituciones provinciales.

El Convenio Multilateral, no dispone acerca de la proporción del tributo que cada jurisdicción fija ni sobre la base de su liquidación, a condición, naturalmente, de que la definida no exceda la que el convenio le reserva a la jurisdicción involucrada. El Convenio Multilateral y el código fiscal, en el segmento impugnado, regulan situaciones distintas, por tanto, la modificación de una base imponible dispuesta por ley local no puede generar conflicto normativo como el invocado por la parte actora.

Tiene razón entonces el señor fiscal general cuando no advierte agravio alguno al art. 31 de la C.N., porque interpreta que el Convenio Multilateral no establece una base uniforme sino que impide la doble o múltiple imposición y sólo significa un mecanismo interestadual de distribución del poder impositivo. La “tendencia al federalismo de concertación” no significa identidad de legislaciones locales. El señor fiscal general reafirmó su criterio en la audiencia al sostener que “[N]o [se desprende] del convenio multilateral la necesidad de una única base, ni tampoco exenciones”.

Por otra parte, las afirmaciones de la demanda no parecen enteramente compatibles con una importante concesión inicial por parte de la accionante, cuando admite que “ninguna persona tiene un derecho irrevocablemente adquirido a la intangibilidad de los regímenes jurídicos que regulan su actividad”, y que ello constituye un principio reiteradamente sostenido por la jurisprudencia (fs. 31 vta.).

Por consiguiente, entre el Convenio Multilateral y el Acta de Concertación, por un lado, y la norma local, por otro, no existe colisión que requiera determinar cuestiones de supremacía.

2. Bastaría la circunstancia anteriormente apuntada para rechazar la demanda en este punto. Pero tampoco parece correcto entender, sin más, ya desde la perspectiva única de la competencia jurídica para establecer la base imponible de impuestos locales, que el Convenio Multilateral revista el carácter de una norma de derecho federal, pues, si así sucediera, él podría sustituir la distribución de poderes tributarios establecida por la propia Constitución Nacional. Según se ha dicho en el punto anterior, ello no ha ocurrido con el Convenio Multilateral invocado, pues él se ha limitado a un acuerdo entre los fiscos locales para distribuir los ingresos brutos provenientes de hechos imposables ocurridos en dos o más jurisdicciones.

Así parece comprenderlo la misma actora pues, al reputar que la reforma introducida por la Ciudad de Buenos Aires en su jurisdicción *ha implicado* ya que ella, voluntariamente, ha salido del Convenio a través de su denuncia indirecta, y recomendar que, en ese caso, la Ciudad lo denuncie explícitamente, en lugar de hacerlo en forma indirecta, afirma claramente el poder tributario de la Ciudad de Buenos Aires en su propia jurisdicción. No es necesario interpretar la regla en crisis tal como lo hizo la actora en la audiencia (denuncia indirecta del Convenio Multilateral), pero tal interpretación demuestra hasta qué punto la demanda resulta inconsistente. En efecto, resulta autocontradictorio sostener la posibilidad jurídica de denuncia del Convenio y, simultáneamente, expresar que una regla local transgrede ese Convenio hasta el punto de significar su denuncia indirecta. La demanda queda, así, vacía de contenido argumental.

3. Seguidamente, la actora considera que la norma impugnada carece de razonabilidad y equidad (arts. 4º, 16, 28 y concs. de la C.N., y arts. 12, inc. 5º y 51, CCBA). Sustenta el pretendido agravio en que los criterios para el cálculo de la base imponible no toman en cuenta la *capacidad contributiva* de la entidad financiera (conf. art. 17, C.N., y arts. 12, inc. 5º y 51, CCBA). Ello, puesto que, a criterio de la actora, la prohibición de deducir los intereses pasivos del total de la suma del haber de las cuentas de resultado, configura o conduce a una incidencia del tributo que lo convierte en regresivo, además de confiscatorio, por absorber una parte sustancial de la renta (fs. 37 y 37 vta.).

En punto a la regresividad del gravamen —más allá de la definición de esta caracterización—, sólo debe destacarse que la política fiscal y tributaria, dentro de los límites de la legalidad, no es criticable con argumentos constitucionales (así, por ejemplo, los fallos de la CSJN que se citan en el punto nº 4). La actora no ha criticado desde el punto de vista constitucional la característica que ella denomina “regresividad del impuesto”, de modo tal que la mera crítica política, más allá de su corrección o incorrección, no autoriza a descalificar la decisión legislativa.

A más de ello, cabe también advertir que no son precisamente las entidades financieras las que, dicho de manera genérica, resultan afectadas por “impuestos regresivos”. En todo caso la decisión legislativa dirigida a incentivar o no determinadas actividades corresponde a una legítima opción política acorde con la distribución de poder prevista en la Constitución local.

En cuanto a la idea de que la disminución exorbitante de la propiedad, que generaría el pago del impuesto, lo vuelva confiscatorio, el argumento más contundente se basa en el cotejo de la pauta establecida por la doctrina judicial en orden a la confiscatoriedad, y los guarismos que vuelca la accionante a fs. 33 de su demanda.

Sin embargo, la pretendida confiscatoriedad nunca podría verificarse en relación con el impuesto sobre los ingresos brutos que reviste carácter indirecto, proporcional, y esencialmente trasladable. Más específicamente, la norma impugnada no lesiona el derecho de propiedad tutelado en el art. 17 de la C.N., y arts. 12, inc. 5º y 51 de la CCBA, puesto que no resulta afectada la capacidad contributiva de las entidades financieras alcanzadas por la norma. Tampoco se ha indicado que peligre el desarrollo de la actividad.

Por su parte, los guarismos evidencian que la incidencia del gravamen no excede el límite del 33 % fijado por la CSJN para considerarlo de naturaleza confiscatoria. Así, la CSJN tiene dicho que: “[A] los efectos de demostrar que la obligación tributaria que el Estado impone mediante el régimen del llamado empréstito forzoso es inválida constitucionalmente, el contribuyente deberá probar su carácter confiscatorio en forma concreta y circunstanciada conforme a la pauta de (...) fijar un 33 % como tope de la presión fiscal ..., tope más allá del cual estará comprometida la garantía del art. 17 de la C.N.” (“Horvath, Pablo c/Fisco nacional (DGI) s/ordinario (repetición)”, 4/5/9195; *Fallos*, 318:676). Por su parte, en “Indo S.A. c/Fisco nacional (DGI) s/repetición (ley 11.683)”, el Supremo tribunal expuso que “[L]a confiscatoriedad es una cuestión de hecho que (...) configura... un exceso al tope del 33 % tradicionalmente admitido en la presión fiscal” (4/5/1995; *Fallos*, 318:676).

Específicamente en punto a las condiciones que deben confluir para tener por acreditada la confiscatoriedad, la Corte ha explicitado en el conocido precedente “López López, Luis y otro c/Santiago del Estero, Provincia de s/eximición de inversiones”: “Para que la confiscatoriedad exista debe producirse una absorción por parte del Estado de una porción sustancial de la renta o el capital” (15/10/1991, *Fallos*, 314:1293). En el mismo pronunciamiento, la Corte estableció que “La existencia de confiscatoriedad exige *una prueba concluyente a cargo del actor*” (el én-

fasis es propio). Asimismo, resolvió que “Si bien la inconstitucionalidad de los impuestos por su monto procederá *cuando aniquilasen la propiedad o su renta en su sustancia* (énfasis suplementado), el control de constitucionalidad en el punto, aunque debe preservar el derecho de propiedad en sentido lato, encuentra fundamento en la relación en que tal derecho se halla con la medida de la obligación de contribuir a las necesidades comunes que puede imponerse a sus titulares por el hecho de serlo”.

En segundo término, la demandada demuestra que la accionante ha efectuado el cálculo de la base imponible sobre los ingresos netos —no sobre los ingresos brutos—, es decir, sobre la renta o las ganancias y no sobre la materia imponible que, lógicamente, está dada por el total de los ingresos. “De ahí que resulte absurdo hablar de confiscatoriedad cuando sobre un ingreso de 1064 millones se debe abonar tan sólo 42 millones de gravamen” (fs. 91 vta.).

Tercero, le asiste razón a la demandada cuando aduce el carácter viciado de los datos que, a través de la presentación de cuadros y guarismos, ofrece la actora para demostrar la confiscatoriedad del gravamen. A mero título ejemplificativo, la demanda elimina de los cuadros las cifras correspondientes al Banco Hipotecario por entender, unilateralmente, que éstas producen distorsiones en la presentación del reporte; o: que los cuadros son confeccionados sobre la base de una alícuota que no es la que corresponde aplicar a las entidades financieras hasta el año 2003 inclusive (fs. 91).

Finalmente, tal como responde la demandada: “Los guarismos señalados en el texto no surgen con claridad de los cuadros aportados, y carecen de consistencia técnica, toda vez que no es posible verificar la documentación que los respalde, para lo cual sería necesario examinar en autos los balances de la totalidad de entidades financieras y de información complementaria del Ministerio de Economía. Ello excede el marco de la acción de inconstitucionalidad interpuesta” (fs. 91).

4. Asimismo, la demandante cuestiona la norma por considerar que lesiona el principio de igualdad ante la ley (arts. 16, C.N. y 11, CCBA), dado que no extiende a las entidades financieras el criterio que rige la determinación de la base imponible del impuesto a los ingresos brutos en las actividades de intermediación, criterio cuya base es la diferencia entre ingresos y egresos (fs. 31 vta., 34/35). El reconocimiento de la intermediación “como eje de la actividad financiera”, insiste la actora, es efectuado por la Legislatura y también resulta “unánime en la jurisprudencia de los diversos fueros” (fs. 35).

La queja bajo examen se sustenta en una confusión por parte de la actora, referida a la actividad realizada por las entidades financieras y

conducente al tratamiento de una cuestión insustancial para resolver el objeto de esta demanda. Aunque la actora considere y sostenga múltiplemente que la caracterización adecuada de dicha actividad es “esencialmente” de intermediación (fs. 34/35, 36/36 vta. y 43 vta./45), lo cierto es que no lo es a los fines tributarios. En tal sentido, cabe tomar el acertado juicio, presente en el dictamen del señor fiscal general, que aporta la detección de una instancia de homonimia del término “intermediación”. En efecto, en tanto la Asociación de la Banca Especializada utiliza el vocablo en el sentido general de intermediación económica, con lo que puede caberle a la totalidad de agentes económicos que participan alternativamente en la demanda y oferta de mercancías para obtener así una renta con la diferencia de precios (específicamente, los comisionistas), no es éste el sentido al que alude el art. 168 del C.F. (t.o. en 2004), que resulta prístino y específico a los efectos de tipificar uno de los supuestos al que corresponderá un régimen especial en materia de base imponible (conf. fs. 99/99 vta.).

Tampoco se comprueba lesión alguna al principio de igualdad tributaria. Ello, a su vez, puesto que corresponde interpretar que *la intermediación debe entenderse como una mención genérica sólo aplicable a aquellas actividades para las que no se contempla otro tratamiento específico*.

Estas primeras consideraciones se robustecen si se hace foco en el propio C.F. y su organización de “supuestos especiales” en el caso del impuesto a los ingresos brutos. En efecto, el Capítulo V del C.F. (t.o. en 2004) regula los supuestos especiales de base imponible, previendo no sólo un tratamiento autónomo, sino soluciones significativamente distintas, respecto de las entidades financieras (art. 161) y los intermediarios (art. 168). De acuerdo con el art. 168 del C.F., t.o. en 2004, referido a los Intermediarios: “Para los comisionistas, consignatarios, mandatarios, corredores y representantes, o cualquier otro tipo de intermediarios en operaciones de naturaleza análoga...”. La firmeza argumental es mayor si se hace intervenir en este punto a la doctrina —enraizada en el principio de la división de poderes—, que atribuye al legítimo arbitrio del legislativo local la potestad de establecer el tratamiento impositivo que habrá de darse a una determinada actividad, o, si se prefiere en el caso, a actividades diferentes. Por empezar, el supuesto aquí llamado residual de intermediación y los supuestos especiales se desarrollan en mercados diversos cuyos movimientos no tienen impacto recíproco. En otras palabras, las consecuencias que las normas fiscales puedan generar en uno no afectan al otro. Desde otro ángulo, las entidades financieras intermedian en el uso del dinero involucrándose en relaciones jurídicas con depositantes, por un lado,

y prestatarios, por otro, mientras que los intermediarios a que apunta el art. 165 del C.F. (t.o dec. 319/03), como principio, ponen en contacto a dos o más partes que traban relaciones jurídicas de modo directo. Esta circunstancia se verá reflejada en su facturación; situación que puede tomar en cuenta el legislador para elegir determinada política fiscal.

Por lo demás, la Procuración General ha advertido, con razón, que la actora calla el hecho de que, con la modificación de la base imponible, también se modificó la alícuota de la contribución, que fue reducida, argumento que indica claramente el tratamiento impositivo particular que el legislador ha pretendido darle a las entidades financieras.

En tal contexto, y de acuerdo con un principio destacado por la CSJN en incontables pronunciamientos, “[E]sta Corte tiene dicho que escapa a la competencia de los jueces pronunciarse sobre la conveniencia o equidad de los impuestos o contribuciones creados por el Congreso Nacional o las legislaturas provinciales”; y “La injusticia o la inconveniencia política de las leyes impositivas del estado no constituyen una objeción a su validez constitucional” (conf., *inter alia*, *Fallos*, 242:73; 314:1293).

Sobre igualdad en materia tributaria, la jurisprudencia de la CSJN, que sintetizo en el conocido y ya citado precedente “López López, Luis y otro c/Santiago del Estero, provincia de s/eximición de inversiones”, es profusa: “La garantía de la igualdad en las cargas públicas no impide que la legislación considere de manera diferente situaciones que estima diversas, de modo tal que, de no mediar discriminaciones arbitrarias, se creen categorías de contribuyentes sujetos a tasas diferentes”.

Finalmente, tal como recuerda la representación de la demandada, en el impuesto a los ingresos brutos, la base imponible está integrada por la movilización total de riquezas provenientes de la actividad que constituye el hecho imponible. Así entonces no hay desigualdad, según ya fue dicho, con el intermediario residual, pero tampoco con los demás contribuyentes que por regla sólo pueden realizar deducciones previstas por el legislador.

De más está decir que no corresponde a la competencia del tribunal la interpretación de la regla impugnada en consideración a un caso concreto, no sólo por la naturaleza de la acción intentada, regulada en principio por el art. 113, inc. 2º, de la CCBA, sino porque, además, no se trata de un tribunal de mérito, que aplica los dispositivos legales comunes o de rango normativo inferior a la Constitución; por lo contrario sólo le corresponde al tribunal interpretar si la norma impugnada, conforme a una interpretación racional, contraría algún principio o regla constitucionales.

Por las razones expuestas, y de conformidad con el señor fiscal general, voto por rechazar la demanda.

Los jueces ALICIA E. C. RUIZ y LUIS F. LOZANO dijeron:

Adherimos al voto del juez Julio B. J. Maier.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. En mi criterio, ninguna de las tachas de inconstitucionalidad que se han articulado en la presente acción declarativa (art. 113, inc. 2º, CCBA) puede tener acogida favorable. Asumo, de tal modo, el criterio que propone en su voto el señor juez de trámite, doctor Julio B. J. Maier, el cual comparto, en tanto propicia rechazar la demanda.

2. Respecto de la aducida violación del “rango de prioridad normativa previsto en el art. 31 de la C.N.” (*sic*) por la adopción en la jurisdicción local de una nueva base imponible en el Impuesto sobre los Ingresos Brutos aplicable a las entidades financieras regidas por la ley nacional 21.526, el planteo formulado se exhibe manifiesta y palmariamente inconsistente, a partir de las reflexiones que seguidamente se realizan.

a) Efectivamente existen obligaciones de *derecho intrafederal* —con el alcance que a esta expresión le ha dado la CSJN en la evolución que se advierte en su jurisprudencia desde la causa: “Transportes Automotores Chevallier S.A. v. Provincia de Buenos Aires” (*Fallos*, 314:862), sentencia del 20/8/1991 [*Nota*: Allí en lo pertinente quedó consignado: “En el presente caso, la actora alega la violación de una ley-convenio, esto es, de una norma de derecho intrafederal, sin efectuar impugnaciones concretas de carácter constitucional. // Como es sabido, las leyes-convenio hacen parte también —aunque con diversa jerarquía— del derecho local. Esa condición asume en el campo del derecho público provincial la ley de coparticipación por lo que su alegada violación no habilita la instancia originaria, lo que no es óbice para que, oportunamente, se someta el caso al conocimiento del Tribunal por las vías pertinentes”], al pronunciamiento recaído *in re*: “El Cóndor Empresa de Transportes S.A. v. Provincia de Buenos Aires” (*Fallos*, 324:4226), sentencia del 7/12/2001—) [*Nota*: Como puntos salientes de la doctrina del pronunciamiento puede señalarse: “A partir de la reforma de 1994, la Constitución Nacional regula tanto los aspectos sustanciales como los instrumentales de la coparticipación federal de impuestos, a la vez que delega en el Congreso de la Nación la determinación de las pautas para su distribución. // El nuevo rango asignado a la coparticipación federal de impuestos por la Convención Constituyente de 1994 y el amplio tratamiento que la Ley Fundamental le dedica después de la reforma, conduce a la conclusión de que la afectación del sistema así establecido involucra, en principio, una cuestión constitucional. // Constituye una cuestión constitucional la eventual violación, por parte de una provincia, del compromiso de abstenerse de ejercer la función legisla-

tiva en facultades impositivas propias, aunque esa transgresión pueda también exteriorizarse como un conflicto entre dos leyes locales. // Su gestación institucional ubica a los tratados o leyes convenio celebrados entre las provincias y el gobierno nacional con un rango normativo específico dentro del derecho federal. Prueba de su categoría singular es que no es posible su derogación unilateral por cualquiera de las partes. // Corresponde a la competencia originaria de la Corte Suprema el conflicto planteado entre normas locales —la que crea el tributo y la que adhirió al régimen de coparticipación federal—, pues la cuestión confronta con el complejo normativo constitucional, en tanto supone la violación del compromiso provincial de abstenerse de legislar en materia impositiva local que ha sido incluida en el convenio de coparticipación federal”] que se proyectan sobre el Impuesto sobre los Ingresos Brutos. Ello así, en función de dos circunstancias. La primera, por regir respecto de las herramientas tributarias locales criterios de armonización desde el año 1979, por la reforma a la Ley 20.221 de Coparticipación mediante la ley 22.006 (art. 9º, inc. b), numeral 1, de tal ordenamiento), hoy reproducidos en la ley 23.548 vigente (con regulaciones equivalentes receptadas en idéntico artículo, inciso y numeral); a los que cabe añadir, igualmente, los resultantes del “Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento” del 12/8/1993, acto declarativo primero, inc. 4º —conf. causa: “Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA) v. Provincia de Buenos Aires y otro” (*Fallos*, 322:1781), sentencia del 19/8/1999— [Nota: Se dejó sentado en el pronunciamiento de referencia: “Ese pacto, como las demás creaciones legales del federalismo de concertación, configura el derecho intrafederal (*Fallos*: 314:862) y se incorpora una vez ratificado por la legislatura al derecho público interno de cada estado provincial aunque con la diversa jerarquía que le otorga su condición de ser expresión de la voluntad común de los órganos superiores de nuestra organización constitucional: nación y provincias. Esa gestación institucional ubica a los tratados o leyes convenio celebrados entre las provincias y el gobierno nacional con un rango normativo específico dentro del derecho federal. Prueba de su categoría singular es que no es posible su derogación unilateral por cualquiera de las partes (Zorraquín Becú, Horacio: *El federalismo Argentino*, Perrot, 1958, p. 194)” —del considerando 4º—]. Segundo, como consecuencia de que el art. 9º, inc. d) del actual régimen de coparticipación federal, dispone como obligación de las jurisdicciones locales el continuar *aplicando las normas del Convenio Multilateral del 18/8/1977 sin perjuicio de ulteriores modificaciones o sustituciones de éste, adoptadas por unanimidad por los Fiscos adheridos*.

b) A ello se suma el temperamento asumido por el Alto tribunal en la causa “Argencard S.A. c/provincia de Salta s/sumarísimo — acción declarati-

va, medida precautoria” (Registro del Alto Tribunal: A.2601, Libro XXXVIII), sentencia del 27/5/2004, donde, por remisión al dictamen del señor procurador general, luego de poner de resalto el *nuevo rango asignado a la coparticipación federal de impuestos por la Reforma Constitucional de 1994*, y que su afectación involucra, en principio, una *cuestión constitucional*, con cita del precedente de Fallos, 324:4226, puso especial énfasis en que: “*Como necesaria consecuencia de este criterio, asume tal calidad la eventual violación —por parte de una provincia— del compromiso de continuar aplicando las normas del Convenio Multilateral del 18/8/1977, así como sus modificaciones o sustituciones, adoptadas por unanimidad de los fiscos adheridos (conf. art. 9º, inc. d), ley 23.548), aunque esa trasgresión pueda también exteriorizarse como un conflicto entre dos normas o actos locales... (conf. consid. 6º)*” —el destacado en la trascripción ha sido añadido.

c) De todos modos, la invocada *Acta de Concertación sobre Lineamientos de la Política Fiscal para el Ejercicio 1976*, estuvo concebida —lo que sugestivamente se omite en el planteo del accionante—, como criterio informador de la política fiscal para el ejercicio 1976, justamente en un período altamente dinámico para las finanzas locales en razón de la derogación, a partir del 1º/1/1975, del Impuesto a las Actividades Lucrativas, con la correlativa entrada en vigencia en el orden nacional del Impuesto al Valor Agregado instituido por la ley 20.631, que había sido concebido para sustituir el Impuesto a las Ventas en el orden nacional y el mentado Impuesto a las Actividades Lucrativas en el orden provincial.

Recuérdese, que el Impuesto a las Actividades Lucrativas, diseñado por el profesor Dino Jarach a consuno con la redacción del C.F. para la Provincia de Buenos Aires, que entrara en vigor en el año 1948 con el dictado de la ley 5.246 de dicha jurisdicción, recaló en la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires como consecuencia de la ley 13.487, sancionada el 30/9/1948 por el Congreso como legislatura local de la Capital, norma por la que se sustituía, desde el punto de vista rentístico, el inc. 3º del art. 1º de la ley 12.704 entonces vigente.

d) Además, debe tenerse en cuenta que el intento de concertación de que da noticia el acta a que se arribara entre los poderes ejecutivos respectivos, fue para definir la política fiscal de un ejercicio y que, por circunstancias que no es del caso ponderar en esta sentencia, no tuvo concreción legislativa —ámbito natural por el multisecular principio de reserva de ley para el ejercicio de la potestad tributaria normativa—, ya que no se tradujo en norma alguna sancionada por el Congreso como legislatura local, ni en la Ordenanza Fiscal n° 19.987 para el ejercicio 1976.

e) Así las cosas, la pretendida ultraactividad de un anexo de proyecto de ley que los poderes ejecutivos de las respectivas jurisdicciones se comprometieron a elevar a sus Legislaturas o en su caso al Ministerio del Interior, del que se dio cuenta en el punto 1.1.2.j. de la apuntada “Acta de Concertación”, vio frustrada su materialización concreta en el campo del derecho positivo de la Ciudad de Buenos Aires. Es por ello que no tiene gravitación alguna con relación a lo que aquí se controvierte. Por lo demás, tampoco se vio reflejada, como no podía ser de otra manera por no ser afín a su objeto en el Convenio Multilateral para evitar la doble imposición en el Impuesto sobre los Ingresos Brutos de 1977, ni en la armonización tributaria específica introducida por las reformas a la ley de coparticipación en el año 1979 que se incorporaron por la ley 22.006, donde sí pudo haber sido receptada. En consecuencia, el Acta que invoca la accionante no ha tenido vigencia normativa, no constituye derecho intrafederal y, mucho menos, condiciona la potestad tributaria normativa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Lo que se pretende, entonces, es dotar de ultraactividad a un acuerdo de la rama ejecutiva sobre lineamientos de política fiscal para un ejercicio que, valga reiterarlo, no se coronó a través de la pertinente sanción legislativa —único ámbito habilitado constitucionalmente para crear o modificar tributos—, lo cual desde el punto de vista jurídico carece de toda consistencia para dar respaldo a la acción declarativa de inconstitucionalidad incoada ante este estrado.

f) Nada se advierte para mejorar la posición de la actora, como no podría ser de otro modo, en el Convenio Multilateral para evitar la doble imposición del Impuesto sobre los Ingresos Brutos de 1977, a la fecha vigente, pues en su art. 8º que instituye un régimen especial para la actividad financiera sólo se lee: “En los casos de contribuyentes comprendidos en el régimen de la ley de Entidades Financieras, cada fisco podrá gravar la parte de ingresos que le corresponda en proporción a la sumatoria de los ingresos, intereses pasivos y actualizaciones pasivas de cada jurisdicción en la que la entidad tuviere casas o filiales habilitados por la autoridad de aplicación, respecto de iguales conceptos de todo el país. Se excluirán los ingresos correspondientes a operaciones realizadas en jurisdicciones en las que las entidades no tuvieran casas o filiales habilitadas, los que serán atribuidos en su totalidad a la jurisdicción en la que la operación hubiere tenido lugar”. Esto es, no hay referencias aquí sobre las bases imponibles que definirán en cada caso los fiscos locales y, menos aún, que las mismas deban venir dadas por la diferencia entre los intereses que perciban y paguen (*spread*), a pesar de que se aluda, a fin de fijar la “proporción” de cada jurisdicción, a la sumatoria de los ingresos —que

obviamente comprende a los intereses activos— junto con los intereses pasivos y actualizaciones pasivas de cada jurisdicción. Ello así, pues, más allá de la opacidad del precepto, valga reiterarlo y enfatizarlo, sólo debería servir para, por confrontación, establecer la proporción jurisdiccional, lo que se infiere contextualmente de los restantes regímenes especiales contemplados en el mentado Convenio (arts. 6° a 13), ya que no es materia propia de éste definir hechos imponibles, consagrar exenciones, establecer alcuotas y tarifas o regular bases imponibles, materias todas éstas reservadas a la potestad tributaria normativa de cada una de las jurisdicciones locales. Adviértase que en el propio régimen general también se toman en cuenta los ingresos brutos provenientes de cada jurisdicción y los gastos efectivamente soportados en cada una de ellas (conf. art. 2°) sin que nadie haya sugerido, hasta ahora, como hipótesis, que corresponda detraer de los ingresos los gastos, pues lo único que se intenta es distribuir base imponible: el cincuenta por ciento por cada uno de estos dos baremos.

Lo expresado hasta aquí no importa desconocer el mérito, en términos de simplificación de cálculo determinativo y armonización tributaria, de la adopción de criterios uniformes por todos los estados subnacionales en beneficio de los contribuyentes que despliegan actividad interjurisdiccional.

Téngase en cuenta, por lo demás, que la Comisión Arbitral del Impuesto sobre los Ingresos Brutos, por resol. 5/85, en el tercero de sus considerandos, dejó expresado puntualmente sobre el régimen especial que nos ocupa: “Que en el caso específico de las entidades financieras, el art. 8° de dicho cuerpo normativo establece con absoluta precisión *las reglas para distribuir entre las distintas jurisdicciones la base imponible atribuible a este tipo de entidades*” (el destacado en bastardilla ha sido añadido), cosa distinta a fijar centralizada y unitariamente las bases imponibles de cada provincia y de la hoy Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Aquí es bueno recordar que la CSJN ha expresado en la causa: “Sala, Fidel (sus herederos) contra la Provincia de Santa Fe s/inconstitucionalidad de un impuesto a las herencias transversales” (*Fallos*, 100:51), sentencia del 2/8/1904: “Que si la Constitución Nacional, en su art. 5°, no ha hecho de la moderación de los impuestos... una de las condiciones de la garantía al goce y ejercicio de las instituciones provinciales ..., no es admisible que se haya querido dejar a discreción del Poder Judicial de la misma Nación, la facultad de declarar sin valor, en casos concretos, la legislación provincial relativa a impuestos..., porque este último poder es el menos adecuado, por su naturaleza, funciones y reglas de procedimiento, para decidir sobre la necesidad y equidad de las contribuciones y para

apreciar los resultados económicos de ellas, según su monto o la manera de cobrarlos, en lo que, como se ha observado con exactitud, no puede haber cuestión de constitucionalidad o inconstitucionalidad, ya se trate de sumas fijas, ya de graduadas o proporcionales a los valores sobre que recaen...”. A su vez, agregó, *in re*: “Gutiérrez Manuel c/provincia de San Juan s/repetición” (*Fallos*, 183:319), sentencia del 26/4/1939, que no es misión puesta a cargo de los tribunales judiciales decidir acerca de la justicia, conveniencia económica de los impuestos o falta de política de las leyes del Estado, aspectos que no sustentan, necesariamente, una objeción a su validez constitucional.

La accionante, a su vez, para reforzar su interpretación en el sentido que correspondería gravar sólo el *spread* de las entidades financieras —ya que en su concepto constituiría la verdadera retribución de tales sujetos—, cita en su apoyo, de modo profuso, la opinión del profesor Enrique G. Bulit Goñi, vertida en este caso en el año 1992 en su obra: *Convenio Multilateral. Distribución de Ingresos Brutos*. De todos modos, omite algunas de las consideraciones también contenidas en ese ensayo cuando el autor se ocupa del art. 8º de tal plexo, y consigna el mecanismo de proporcionar y adjudicar las bases jurisdiccionalmente, mediante los parámetros activos y pasivos cuya sumatoria daría la resultante local, respecto de los parámetros activos y pasivos totales cuya sumatoria arrojaría la resultante país, comentando: “La muy particular situación de las entidades financieras, en cuanto están sometidas a complejas y cambiantes regulaciones operativas por parte del Banco Central, hizo necesario que la Comisión Arbitral dictara sucesivas resoluciones generales interpretativas destinadas a clarificar u ordenar la situación del sector frente al Convenio Multilateral.//Modificaciones posteriores introducidas en su normativa por la Capital Federal, mientras las demás jurisdicciones continuaron con su regulación uniforme, obligó a efectuar un doble cálculo, uno para dicha jurisdicción, y otro para las demás.//Esta anomalía ha ido desapareciendo a medida que las demás jurisdicciones fueron adoptando una regulación semejante a la referida” (conf. ob. cit., capítulo VII: “Regímenes especiales”, parág. 5: “Entidades financieras”, pp. 110 y ss., en particular pp. 112 y 113).

Las transcripciones efectuadas en el párrafo precedente demuestran que las asimetrías que puede presentar el Impuesto, de jurisdicción en jurisdicción, no son nuevas, y que si bien ello puede resultar desaconsejable, como ya se apuntara, en términos de armonización y simplificación —el autor las refiere como anomalías—, representan una consecuencia de la forma federal de gobierno, con estados subnacionales dotados de autonomía para el ejercicio de la potestad tributaria normativa. Es que, como lo ha sostenido la CSJN en numerosos precedentes, la garantía constitucio-

nal de la igualdad no se puede considerar vulnerada porque en otras jurisdicciones territoriales los contribuyentes no soporten imposición general o particular de intensidad igual o semejante, ya que la diversidad de tributación y sus cuantías son consecuencia de la pluralidad de poderes impositivos conforme al régimen federal de gobierno (*in re*: “S.A. Bodegas y Viñedos Saint Remy” —*Fallos*, 262:367—, sentencia del 6/8/1965).

Por lo demás, en este aspecto, la impugnante no se hace cargo, fuera de sus alegaciones sobre la confiscatoriedad del tributo, de que al modificarse la base imponible para la actividad, correlativamente, se produjo una reducción de la alícuota con la que se grava a tales entidades, ni los efectos concretos a que se arriba, ponderando la acción concurrente de ambas circunstancias.

3. En segundo término, la accionante señala que la ley 1192 al reformar el art. 158 del C.F. local incurre en “violación del art. 16 de la C.N. y el art. 11 de la CCBA, al desconocer la garantía de igualdad ante la ley” (véase fs. 32 vta.). Sustenta su afirmación en considerar que la principal actividad desarrollada por las entidades financieras no es otra que la intermediación y que, si para los demás sujetos “intermediarios” la base imponible se determina a partir de la diferencia entre ingresos y egresos, el no utilizar el mismo criterio con relación a los sujetos regidos en la ley 21.526, afecta el principio constitucional de igualdad.

Al respecto, es del caso recalcar, como bien lo señala el señor fiscal general en su dictamen, “el calificativo de intermediario, en el sentido general de intermediación económica con que lo utiliza la Asociación de la Banca Especializada, puede caberle a todos los agentes económicos que participan alternativamente en la demanda y oferta de mercancías para obtener así una renta con diferencia de precios” y no solamente a los sujetos comprendidos en el art. 168 del C.F. a los cuales la accionante pretende asimilarse para quedar al abrigo del régimen especial de determinación de base imponible previsto por la norma.

Cabe dejar consignado aquí que el legislador local al establecer un régimen especial, es decir un tratamiento diferente para este tipo de entidades en el Impuesto sobre los Ingresos Brutos no hizo más que reconocer el grado de complejidad particular que conlleva su actividad y que viene dado, en buena medida, por los controles estatales a los que se encuentra sometida, complejidad que acarrearía, asimismo, serias dificultades en el momento de establecer con precisión cuál es la base imponible del tributo. Por lo tanto, no sé ve cómo la regulación del art. 158 del C.F. local puede infringir la garantía de igualdad, más si se tiene en cuenta que el Alto tribunal ha sostenido “que no existe violación a la garantía de igualdad

cuando el legislador trata de manera distinta situaciones que se estiman diferentes, y no media hostilidad contra determinadas personas o grupos de personas o indebido privilegio personal o de grupo” (*in re*: “S.A. Cía. Frigorífica Swift de La Plata v. Nación Argentina”, *Fallos*, 277:357, sentencia del 19/8/1970) y que en realidad coloca a todas las entidades financieras en un pie de igualdad, diferenciándolas, eso sí, de los demás sujetos que realizan actividad de intermediación.

Así las cosas, y a mayor abundamiento, recordemos que distintas familias jurisprudenciales de la CSJN han sentado la siguiente doctrina con respecto al principio de igualdad:

- a) la garantía del art. 16 de la C.N. entrega a la prudencia y sabiduría del Poder Legislativo una amplia libertad para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la legislación; empero, la validez constitucional de esas catalogaciones se halla subordinada a que emanen de causas objetivas o razones sustanciales, a efectos de que resulte excluida toda disparidad o asimilación injustas, a las que conducirían criterios arbitrarios, de indebido favor o desfavor, privilegio o inferioridad personal o de clase, o de ilegítima persecución;
- b) el sometimiento a una imposición diferencial por vía de adicionales o recargos a los contribuyentes no residentes en el país, no es irrazonable ni contraviene el principio de igualdad contenido en el art. 16 de la C.N.;
- c) el sistema de impuesto progresivo puro, que resulta de aplicar la tasa mayor según el mayor valor de la estimación del bien gravado, no es violatorio del principio de igualdad establecido en la Constitución Nacional;
- d) no es violatorio de la garantía de igualdad la aplicación a las sociedades anónimas de un impuesto que no se cobra a las personas físicas;
- e) la diferencia entre las situaciones anteriores o posteriores a un nuevo régimen legal no configura un agravio a la garantía de la igualdad, porque de lo contrario toda modificación legislativa importaría desconocerla; y
- f) no sustenta el agravio a la regla de la igualdad el impuesto que grava más onerosamente a las sociedades extranjeras o a las primas de seguros de compañías cuya dirección y capital inscripto no estén radicados en el país.

A partir de los criterios antecedentes, y tomando como punto de partida los pronunciamientos de la CSJN dictados en las causas: “Ana Masotti de Busso y otros v. Provincia de Buenos Aires” (*Fallos*, 207:270), senten-

cia del 7/4/1947, y “Mario B. Gaviña c/Provincia de Buenos Aires” (*Fallos*, 209:431), sentencia del 4 de diciembre del mismo año, se ha sentado como principio señero en materia tributaria que “la igualdad importa el tratamiento igual a iguales, en iguales circunstancias de capacidad contributiva” (véase JARACH, Dino: *Curso superior de derecho tributario*, 2ª ed., t. I: “Introducción”, Capítulo III: “Límites constitucionales al ejercicio del poder fiscal”, parág. 2: “Principio de igualdad”, pp. 115 y ss., en particular pp. 128 y ss., Liceo Profesional Cima, Buenos Aires, 1969), premisa que no ha sido violada con la modificación introducida por la ley 1192 al C.F. local.

4. También alega la actora que la norma impugnada carece de razonabilidad y equidad (arts. 4, 16, 28 y concs. de la C.N., y arts. 12, inc. 5º y 51, CCBA), en tanto existiría afectación al principio de capacidad contributiva ya que de la modificación introducida al art. 158 del C.F. (inclusión de los intereses pasivos en la base imponible) resultaría que los contribuyentes (entidades financieras) verían reducido el monto de dinero con el que contaban para hacer frente a sus obligación de pago del Impuesto sobre los Ingresos Brutos.

Al respecto, bien se ha dicho que la capacidad contributiva “es una apreciación de la riqueza de los contribuyentes y de su aptitud para contribuir a los recursos del Estado. Este concepto implica dos elementos constitutivos: la existencia de una riqueza o una manifestación de riqueza, en el aspecto objetivo, y una evaluación de los gobernantes en el ejercicio del poder fiscal, de la correspondiente idoneidad para contribuir al público erario” (conf. JARACH, Dino: “En torno al principio de capacidad contributiva en la economía financiera y en el derecho tributario”, *La Información*, t. LVI, pp. 884 y ss., en particular p. 885) pero, tal como lo señala el señor fiscal general, no exige de ningún modo que los tributos se vean afectados por el nivel de rentabilidad del contribuyente, por lo que lo argumentado por la demandante carece de sustento.

Téngase en cuenta que nuestro más Alto Tribunal ha dicho que para determinar la razonabilidad del tributo se debe considerar no sólo su monto, sino también las circunstancias que rodean su imposición y, entre ellas, también incluye ciertas características de los sujetos “como demostrativa ya sea de su interés, ya de su capacidad económica, de modo de hacer razonable su elección” (*Fallos*, 314:595), cosa que sin duda ha realizado el legislador local al prever un régimen especial para las entidades de la ley 21.526.

Por otra parte, en punto a la calificación de un tributo como inequitativo, considero oportuno recordar que un apreciable número de

pronunciamientos de la CSJN ha determinado que la falta de equidad —entendida ésta como la existencia de necesidad del tributo o ponderación de los resultados económicos que produce en los contribuyentes—, no es revisable judicialmente, a menos que ello implique producir efectos confiscatorios (conf. “Banco Ítalo-Argentino de San Juan c/Provincia de San Juan”, *Fallos*, 188:105, sentencia del 14/10/1940), lo cual, no ocurre en el caso conforme lo desarrollo en el punto siguiente de este voto.

5. La accionante también considera que existiría violación al principio de no confiscatoriedad en materia tributaria —valladar a la intensidad de la carga tributaria erigido pretorianamente por la CSJN a partir de *in re*: “Doña Rosa Melo de Cané, su testamentaria, s/inconstitucionalidad de impuesto a las sucesiones en la Provincia de Buenos Aires” (*Fallos*, 115:111), sentencia del 16/12/1911—, y por tanto se afectaría la propiedad (art. 17, C.N.), puesto que, según afirma, luego de la reforma del tributo que aquí se cuestiona, éste terminaría apropiándose de una parte sustancial de la renta, al recaer “no sólo sobre los ingresos derivados de la actividad” sino también sobre el “reintegro de los capitales prestados” (fs. 47).

Cabe recordar aquí que “si bien la inconstitucionalidad de los impuestos por su monto procedería cuando aniquilasen la propiedad o su renta en su sustancia, el control de constitucionalidad en el punto, aunque debe preservar el derecho de propiedad en sentido lato, encuentra fundamento en la relación en que tal derecho —cuya función social se ha de tener presente— se halla con la medida de la obligación de contribuir a las necesidades comunes que pueden imponerse a sus titulares por el hecho de serlo. El límite admisible de la carga fiscal no es absoluto sino variable en el tiempo y en las circunstancias y sólo encuentra óbice en los que una tradicional jurisprudencia del tribunal ha fijado” —*in re*: “Luis López López y otro c/provincia de Santiago del Estero” (*Fallos*, 314:1292), sentencia del 15/10/1991).

Así, la CSJN tiene decidido hace casi cien años en la causa: “Don Adolfo R. Iglesias c/provincia de Buenos Aires, sobre inconstitucionalidad de la Ley de Impuestos a la Producción y Devolución de Dinero” (*Fallos*, 105:273), sentencia del 10/11/1906: “Que la creación de impuestos, elección de objetos imponibles y formalidades de percepción, son del resorte exclusivo de las provincias, cuyas facultades sobre este particular, dentro de sus respectivas jurisdicciones, tienen la propia amplitud que su poder legislativo, ya se trate de personas, propiedades, posesiones, franquicias, privilegios, profesiones o derechos; siendo indudable en la doctrina, que ellas pueden exceptuar de gravar a determinada clase de bienes, o a *hacer que este recaiga de diversa manera sobre los distintos ramos*

del comercio, ocupaciones y profesiones; determinar el monto de dicho gravamen por el valor de la propiedad, su uso o poder de producción, y adoptar el valor nominal o real de los papeles comerciales para los mismos fines, así como otros sistemas tributarios razonables y conforme a los usos generales; sin que los Tribunales de la Nación puedan declararlos ineficaces a título de ser opresivos, injustos o inconvenientes, si no son contrarios a la Constitución General” (el destacado en bastardilla ha sido agregado).

6. Además de lo consignado en el punto precedente, debe tenerse en cuenta que la tacha de confiscatoriedad difícilmente pueda articularse por vía de control concentrado de constitucionalidad, cuando lo que se trata es de un gravamen que pesa sobre una explotación, salvo una marcada desmesura de sus alcúotas o tarifas, lo que no ocurre en la especie. Ello es así, ya que en la mayoría de los casos en que el tributo ha sido cuestionado con agravios constitucionales de tal naturaleza en relación a actividades económicas o explotaciones, ha sido menester la producción y ponderación de abundante prueba que solamente es posible llevar a cabo en supuestos concretos y en contenciosos singulares donde se ejercita el control difuso de constitucionalidad, como lo corrobora la vasta familia de sentencias en que fueron controvertidos diversos impuestos inmobiliarios rurales, donde, para confrontar la carga fiscal concreta de cada explotación con su potencialidad de renta fue imprescindible la realización de exhaustivas pericias agronómicas y contables —v. entre otras, las causas: “Felicitas Guerrero de Mihanovich v/provincia de Córdoba” (*Fallos*, 200:128), sentencia del 23/10/1944; “Rosa Jardón Perissé c/provincia de Córdoba” (*Fallos*, 209:200), sentencia del 31/10/1947; “Raúl Giménez Fauvety y otros” (*Fallos*, 239:157), sentencia del 30/10/1957; la ya citada “Luis López López”, y “Martín Bosco Gómez Álzaga v/provincia de Buenos Aires y otros” (*Fallos*, 322:3255), sentencia del 21/12/1999—. Y esto es así ya que no es dable concebir el dictado de una sentencia que decrete la invalidez de la norma impositiva con alcance general ejerciendo el tribunal su cometido propio del legislador negativo, en los términos del art. 113, inc. 2° de la CCBA, cuando el tributo arrojará efectos confiscatorios sólo para algún contribuyente de los alcanzados por el criterio de sujeción pasiva al que adscriba la hipótesis de incidencia tributaria definida por la norma.

7. Igualmente, es del caso señalar que en punto a la tacha de inconstitucionalidad de impuestos indirectos, nuestro Máximo Tribunal, a poco de su instalación, ha sostenido *in re*: “Don Domingo Mendoza y hermano, contra la Provincia de San Luis, sobre derechos de exportación”

(Fallos, 3:131), sentencia del 5/12/1865, “Que aun cuando la casa de Domingo Mendoza y hermano, que ejercía el negocio de compra de frutos del país en la provincia de San Luis, sea quien haya pagado los derechos sobre los productos exportados por ella; sin embargo, son los productores en realidad sobre quienes ha recaído el impuesto, porque los compradores han debido deducir su valor del precio del producto, disminuyéndolo proporcionalmente al importe de los derechos que tenía que satisfacer. Que así la cantidad de dinero cuya restitución solicitan los demandantes, viene a ser la misma que se supone que ellos pagaron de menos al productor o dueño primitivo de los frutos; presentándose en consecuencia esta reclamación ante la Corte destituida de todas las consideraciones de equidad que pudieran recomendarla”. Con un alcance más específico y con vinculación directa a la impugnación por inconstitucionalidad, en la causa: “Fisco nacional contra la Sociedad Anónima Robert Bosch, por defraudación de impuestos internos” (Fallos, 170:180), sentencia del 23/2/1934, nuestra más alta instancia judicial pudo precisar: “Es indudable que por el espíritu y letra de la... disposición, el impuesto ha sido creado sobre la venta o comercio de esta clase de mercadería, que si bien puede ser de un valor pequeño, se ha considerado que puede soportar el fuerte gravamen exigido por las circunstancias extraordinarias de apremio en que se encontraba el país y de que se ha hecho mérito..., por ser de aquellos que no responden a la satisfacción de necesidades imprescindibles de la vida y porque su circulación implica una competencia activa al fósforo que soporta, por análogos motivos, un pesado impuesto.//En este caso, como el de los naipes, cigarros, perfumes, alcohol, licores finos, etc., considerados como de consumo superfluo o suntuario, *la ley ha querido hacer gravitar el impuesto sin contemplación al valor que pueda tener en sí la mercadería, a base de que el consumidor, y no el comerciante, es quien, en último término, lo paga*, y que quien hace tales consumos se encuentra en buenas condiciones para sufragar las cargas exigidas por los apremios del Tesoro público.//Bajo este punto de vista, no puede llegarse a la conclusión de que el gravamen de que se trata sea confiscatorio y por este motivo inconstitucional, dada su modalidad especial. Aunque desproporcionado al valor de la mercadería, el impuesto, que es uniforme para todos los consumidores y que representa un insensible aumento en los gastos cotidianos y personales del contribuyente, fácilmente se adiciona a aquél y la mercadería no deja de ser requerida o de suscitar interés” —el destacado en bastardillas me pertenece.

Más allá de la relatividad con que pueden sentarse premisas generales en materia de efectos económicos de los impuestos, tales consecuencias adquieren peculiar relevancia jurídica en muy diversos aspectos

—véase “Compañía General de Combustibles S.A.” (*Fallos*, 316:1533), 16/6/1993— y, particularmente, para incoar la tacha de confiscatoriedad. Ello así corresponde, sentar la premisa de que el Impuesto sobre los Ingresos Brutos desde el punto de vista de su matriz técnica ha sido concebido como un tributo indirecto —conf. doctrina de las causas: “Aerolíneas Argentinas Sociedad del Estado c/Provincia de Buenos Aires” (*Fallos*, 308:2153), sentencia del 13/11/1986; “Cooperativa de Trabajo Transportes Automotores de Cuyo T.A.C. Limitada c/Provincia de Mendoza” (*Fallos*, 321:2501), sentencia del 8/9/1998, “Vía Bariloche S.R.L. c/Misiones, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad” (registro del Alto tribunal Letra V 549, Libro XXXVI) 16/11/2004—. Admitida tal proposición debe recordarse, tal cual se ha visto, que por regla general el contribuyente percutido que traslada la carga no está habilitado para impugnarla, al menos con base en el agravio de confiscatoriedad. El apuntado criterio, que surge nítido de nuestro derecho judicial, fue recogido de modo implícito en las XIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, celebradas en Buenos Aires en 1989. En dicha ocasión, al abordarse el tema I: “Las garantías constitucionales ante la presión del conjunto de tributos que recaen sobre el sujeto contribuyente”, en la introducción al punto 5° de las recomendaciones se dejó consagrado: “Reconocer como integrantes potenciales de un concurso fiscal excesivo, en principio, tanto los impuestos directos, como las otras cargas fiscales que efectivamente inciden en el sujeto contribuyente. *Descartar* asimismo el *cómputo de los impuestos trasladados*, o de los que persiguen expresamente finalidades prohibitivas...” —el destacado ha sido añadido— (Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario: “*Estatutos - Resoluciones de las Jornadas*”, pp. 103 y ss., en particular p. 105, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004).

8. Por las razones hasta aquí brindadas y las concordantemente vertidas en su dictamen por el señor fiscal general, propicio rechazar la acción de inconstitucionalidad interpuesta.

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero al meditado voto del Dr. Casás, con las siguientes especificaciones:

I. En cuanto al planteo sobre la presunta violación del rango de prioridad normativa, hay que analizar por separado los dos documentos mencionados por la actora.

a) Como bien ha expuesto el Dr. Casás —a cuyas consideraciones me remito—, el “Acta de Concertación sobre lineamientos de la

política fiscal para el ejercicio de 1976” no tiene vigencia normativa, ya que fue elaborada para ser aplicada únicamente durante el ejercicio 1976, como se desprende claramente de su propia denominación.

- b) Respecto del *Convenio Multilateral*, constituye un acuerdo celebrado entre jurisdicciones locales con poderes tributarios propios, que tiene por objeto armonizar o coordinar aspectos referidos al impuesto a los ingresos brutos —gravamen que todos esos fiscos han sancionado— aplicable a actividades realizadas en más de una jurisdicción.

Este acuerdo interjurisdiccional pasa a ser derecho local a partir de su ratificación por cada Legislatura local, y *sólo puede ser derogado o modificado por unanimidad de sus integrantes*. Es de acatamiento obligatorio para cada jurisdicción.

Cabe agregar que la Corte Suprema en el reciente fallo “Argencard” (CSJN, 27/5/2004, “Argencard S.A. c/provincia de Salta s/sumarísimo —acción declarativa — medida precautoria”), consideró al CM como integrante del derecho intrafederal, toda vez que las provincias asumieron en el art. 9º, inc. d) de la Ley de Coparticipación Federal —norma de indudable carácter intrafederal, como lo afirmó la CSJN, con fecha 7/12/2001, en autos “El Cóndor Empresa de Transportes S.A. c/provincia de Buenos Aires”, publicado en *LL*, 2002-C, 503— la obligación de continuar aplicando las normas del CM sin perjuicio de ulteriores modificaciones o sustituciones de éste, adoptadas por unanimidad de los fiscos adheridos.

El principal objetivo del CM es *evitar la doble imposición* que puede producirse cuando la actividad gravada por el impuesto a los ingresos brutos es ejercida en un proceso único económicamente inseparable cumplido en más de una jurisdicción, pero también se propone *armonizar y coordinar el ejercicio de las potestades tributarias locales*.

Ahora bien, para cumplir su misión de evitar la doble imposición el CM distribuye la base imponible común entre las jurisdicciones adheridas, es decir los ingresos brutos totales originados en las actividades ejercidas en más de una jurisdicción de manera inescindible. Para ello prevé un régimen general (arts. 2º a 5º, CM), y un conjunto de regímenes especiales para determinados supuestos de hecho que por sus peculiaridades requieren tratamiento diferenciado (arts. 6º a 13).

Uno de los regímenes especiales es el previsto para las entidades financieras, en el art. 8º del CM. Dicha disposición establece las reglas para distribuir entre las distintas jurisdicciones la base imponible atribuible a ese tipo de entidades, pero no brinda ninguna pauta obligatoria sobre cómo se debe conformar la base imponible en cada Estado local.

En otras palabras, lo que establece es qué parte de los ingresos brutos puede gravar cada jurisdicción tributaria, a los efectos de evitar la doble imposición, pero en la parte que le corresponda a cada jurisdicción el fisco local tiene plena libertad para regular los distintos elementos estructurantes del tributo de la manera que estime conveniente —entre los que se encuentra la determinación de la base imponible con sus respectivas deducciones, si las hubiere—, en ejercicio de la autonomía que le compete.

Así lo ha entendido también la Comisión Arbitral del CM, cuando en la resol. gral. 11 —dictada en 1981— precisó el significado de los términos contemplados en el art. 8 CM, aclarando que la sumatoria de ingresos, intereses pasivos y actualizaciones pasivas ha sido consagrada “a los solos fines de la obtención de las proporciones atribuibles a los fiscos” (art. 1º, apart. 2, párr. 1º resol. gral. 11). *Contrario sensu*, si ese es el único fin, esta disposición no se aplica al momento en que cada jurisdicción debe determinar la base imponible.

2. La alegación sobre afectación del principio de igualdad *también es improcedente*.

Como atinadamente han expuesto los Dres. Maier y Casás, la igualdad jurídica implica que *la ley debe ser igual para todos los iguales que estén en las mismas circunstancias, y que no se deben establecer excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias* (Fallos, 199:268).

La regla de igualdad no es absoluta, ya que el legislador puede tener en cuenta la diversidad de circunstancias, condiciones o diferencias que pueden presentarse a consideración, y emitir regulaciones diferenciadas; lo que aquella regla consagra es la obligación de igualar a todas las personas afectadas por una medida, dentro de la categoría, grupo o clasificación que les corresponda, *evitando distinciones arbitrarias u hostiles* (Fallos, 247:185; 249:596).

Para evaluar si una discriminación es compatible con el principio de igualdad, debe utilizarse la regla de *razonabilidad*: el legislador puede crear categorías, grupos o clasificaciones que irroguen trato diferente entre los habitantes, siempre y cuando el criterio empleado para discriminar sea “razonable”, fundado en pautas objetivas, aun cuando su fundamento sea opinable (CSJN, 29/7/1963, “López Villanueva, Manuel”, ED, 6-561).

En conclusión, *las únicas desigualdades inconstitucionales son las arbitrarias*, entendiendo por ello las que carecen de toda razonabilidad, las persecutorias, las hostiles, las que deparan indebidos favores o privilegios respecto de personas o grupos de personas.

Pues bien, al momento de determinar la integración de la base imponible del ISIB, el legislador local decidió regular diferenciadamente

la actividad de las entidades financieras (actual art. 161, C.F.) y la de los intermediarios (actual art. 168, C.F.). En este último caso, la base imponible está dada por la diferencia entre los ingresos y los importes que corresponde transferir a los comitentes por las operaciones realizadas en el período fiscal.

Como hemos dicho, esta distinción sólo puede ser atacable desde el punto de vista constitucional si se demuestra la irrazonabilidad o fines persecutorios de la misma. De lo contrario, más allá del acuerdo o desacuerdo respecto del criterio elegido, ello forma parte del ámbito discrecional del Poder Legislativo, y no corresponde a los jueces emitir opinión sobre la oportunidad, mérito o conveniencia de una norma.

Pero no puede apreciarse un motivo fundado para invalidar dicha distinción. Las actividades que realizan las entidades financieras, si bien —entre otras tareas— intermedian entre oferta y demanda de recursos financieros, presentan una complejidad y especificidad que tornan razonable una regulación autónoma, y que no pueden asimilarse completamente a las actividades que realizan los intermediarios que menciona el art. 168 C.F.: “comisionistas, consignatarios, mandatarios, corredores y representantes, o cualquier otro tipo de intermediarios en operaciones de naturaleza análoga.”

3. La tercera línea argumental expuesta por la parte actora se fundamenta en que el art. 161 CF, al no permitir la deducción de intereses pasivos, torna regresivo al ISIB y en consecuencia *vulnera el principio de capacidad contributiva*, puesto que el impuesto es proporcionalmente mayor cuando menor sea el margen de intermediación (*spread*). Ello *carece de razonabilidad y equidad, y transforma al impuesto en confiscatorio*.

- a) Acerca de la presunta *vulneración del principio de razonabilidad* (alegada a fs. 35/37), la actora no brinda ningún argumento concreto para fundamentar tal afirmación, limitándose a realizar citas doctrinarias genéricas, lo cual resta todo valor a este planteo.
- b) Sobre la *afectación del principio de capacidad contributiva*, cabe destacar que el efecto regresivo de un impuesto no es *per se* inconstitucional, más allá de compartir o no tal política tributaria, como acertadamente lo destaca el Dr. Maier en el punto 3, párr. 2º de su voto —a cuyas consideraciones me remito—. Sólo se torna ilegítimo cuando resulta confiscatorio, lo cual analizaremos a continuación.
- c) Y por último, el contribuyente no puede alegar la *confiscatoriedad* de los impuestos indirectos, que por su propia naturaleza son esencialmente trasladables, ya que si recupera los importes abonados

al Fisco por vía del precio, su patrimonio no resulta afectado económicamente (5ª recomendación de las XIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, citada en SPISSE, Rodolfo R.: *Derecho constitucional tributario*, Depalma, Buenos Aires, 2000, pp. 424/425).

Es decir, la confiscatoriedad debe implicar un perjuicio concreto, probado por quien lo alega. Si por el fenómeno económico de la traslación ese perjuicio no lo sufre el contribuyente —sino que recae sobre el consumidor—, está inhabilitado para alegarlo (CSJN, 23/2/1934, “Fisco nacional c/Roberto Bosch S.A.”, *Fallos*, 170:180).

Sin embargo, también hay que tener en cuenta que no siempre los impuestos indirectos son trasladables, ya que la traslación depende de otros factores de orden económico que pueden dificultarla —excesiva elasticidad de la demanda del producto pertinente, feroz competencia con otras empresas del mismo rubro, etcétera.

Por ello, podemos afirmar que en el caso de impuestos indirectos no corresponde desechar automáticamente la alegación de confiscatoriedad por parte del contribuyente, pero para que la misma sea procedente deben acreditarse dos requisitos:

- que el contribuyente no haya podido trasladar totalmente el gravamen al precio de venta, debiendo absorber parte de la renta; o que la incidencia del impuesto en el precio de venta haya disminuido la demanda;
- que el perjuicio sufrido de una u otra manera por el contribuyente sea excesivo, al absorber una parte sustancial de la renta, lo cual —según reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema— respecto de ciertos tributos ocurre cuando la incidencia del gravamen supera el tope del 33 %.

Ahora bien, El ISIB es un impuesto indirecto, ya que grava una exteriorización mediata de capacidad contributiva: el ejercicio habitual de una actividad lucrativa constituye un indicio para el legislador de aptitud para contribuir a los gastos estatales.

Por ende, para fundar la pretendida confiscatoriedad la parte actora debe acreditar los dos requisitos expuestos precedentemente. Pero nos enfrentamos con un problema: para ello debemos merituar el caso particular de cada entidad financiera, y analizar hechos y prueba de cada uno.

Es decir, la presunta confiscatoriedad no surge patentemente de la norma impugnada, es necesario un debate fáctico más profundo. Y evidentemente la acción declarativa de inconstitucionalidad, por su carácter general y abstracto, no es la vía adecuada para realizar ese debate, que debería sustanciarse por otro tipo de procesos individuales.

4. Por todo ello, voto para que se rechace la acción declarativa de inconstitucionalidad impetrada.

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Rechazar* la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Asociación de la Banca Especializada del art. 1°, apart. 11, del Anexo I, de la ley 1192, que modifica el art. 158 del C.F. (t.o. en 2003).

2°. *Mandar* se registre, se notifique a la actora y al fiscal general y, oportunamente, archive.

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

XV

“INGENIERÍA GASTRONÓMICA S.A. C/DIRECCIÓN GENERAL
DE RENTAS (RESOL. 5277/DGR/00) S/RECURSO
DE APELACIÓN JUDICIAL C/DECISIONES DE DGR
S/RECURSO DE APELACIÓN ORDINARIO CONCEDIDO”

**RECURSO DE APELACIÓN ORDINARIA: Requisitos
de admisibilidad. Procedimiento tributario. Valor
disputado en último término. Determinación. Accesorios. Multa**

Expte. nº 3226/04 - 17/3/2005

VISTO:

El expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

I

I. Estas actuaciones se iniciaron mediante el recurso directo de apelación interpuesto ante la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario, Sala I, por la actora: Ingeniería Gastronómica S.A. —en los términos del art. 115 del C.F. (t.o. 2000)—, contra la resolución de la Dirección General de Rentas 5277-DGR-00 (22/11/2000), por la cual se hizo lugar

parcialmente al recurso de reconsideración deducido contra la resol. 6990-DGRyEI-98.

2. La resol. 5277-DGR/00 ratificó la determinación de oficio practicada con respecto a la actora por el impuesto a los ingresos brutos, con respecto a los períodos 1993 (12° ant. mens.), 1994 (1° a 12° ant. mens.), 1995 (1° a 12° ant. mens.), 1996 (1° a 12° ant. mens.), 1997 (1° a 12° ant. mens.) y 1998 (1° a 8° ant. mens.), por la suma de \$ 655.582,37 y adecuó el importe de la multa impuesta en la suma de \$ 477.872,14, equivalente al 65 % del impuesto omitido, por estimar a la empresa actora incurso en la figura de evasión fiscal.

3. A fs. 608/619 de autos, el 24/2/2004, la Sala I de la CCaYT dictó sentencia según la cual, por mayoría, resolvió: *a)* hacer lugar parcialmente al recurso de apelación judicial interpuesto por Ingeniería Gastronómica S.A., *b)* revocar parcialmente la resol. 5277-DGR-00, *c)* imponer las costas en el orden causado atento la existencia de vencimientos parciales y mutuos y *d)* diferir la regulación de honorarios para la etapa de ejecución de sentencia. Asimismo, a pedido de la demandada, la Cámara dictó una resolución aclaratoria a fs. 642/643 (14/4/2004).

4. Contra dicha sentencia la actora interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 646/685) —el que desistió a fs. 704—; a su vez el GCBA dedujo recurso ordinario de apelación (fs. 621/624) —el cual fundó a fs. 716/728 y fue contestado por la actora a fs. 731/770 y vta. —, asimismo, la demandada interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 627/640). Mediante resolución del 14/7/2004 la Sala I de la Cámara dispuso: *a)* conceder el recurso ordinario de apelación interpuesto por la demandada; *b)* rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la demandada; y *c)* tener por desistida a la actora de su recurso de inconstitucionalidad (fs. 705/706).

5. A fs. 809/823 y vta., el GCBA planteó ante el TSJ, en forma subsidiaria, recurso de queja contra la decisión de la Cámara del 14/7/2004 que rechazó su recurso de inconstitucionalidad.

6. A fs. 829/832 el señor fiscal general adjunto, dictaminó sobre las cuestiones suscitadas en autos (22/10/2004).

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El recurso ordinario fue interpuesto en forma y en tiempo oportuno por la demandada (fs. 621/624 y vta.). Sin embargo, fue incorrectamente concedido por la Cámara (fs. 705/706).

2. En efecto, el art. 26 de la ley 7 (texto conforme al art. 2º de la ley 189) dispone que el TSJ 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)*” (bastardilla agregada).

Por su parte, el art. 38 de L.P.T., n° 402, establece que en el recurso ordinario de apelación “*el/la apelante debe acreditar el cumplimiento de los recaudos previstos en el art. 26, inc. 6º de la ley 7 modificado por el art. 2º de la ley 189*” (bastardilla agregada).

Son así condiciones de admisibilidad del recurso ordinario de apelación que la Ciudad sea parte, que el valor disputado sea superior a \$ 700.000 y, conforme lo tiene dicho este Tribunal, que el recurso se dirija contra una sentencia definitiva (conf. este Tribunal, *in re* “Playas Subterráneas S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/impugnación de actos administrativos”, expte. n° 860/01, resolución del 9/4/2001, *CyJ, Fallos TSJBA, III-2001, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, p. 83 y ss.*).

3. En este juicio la Ciudad es parte y se cuestiona una sentencia que puso fin a la controversia judicial planteada. Sin embargo, la simple lectura del recurso ordinario demuestra que el GCBA no sólo omite acreditar el cumplimiento del recaudo concerniente al importe mínimo apelable, sino que, además, declara encontrarse “...en la imposibilidad jurídica y fáctica de determinar el monto por el cual se interpone el presente recurso de apelación” (fs. 623). “El argumento utilizado resulta inadmisibile. El GCBA, a través de sus dependencias especializadas, es quien en esta causa ostenta la situación más favorable para establecer cuál es el importe que discute en último término, conforme a los agravios que pretende desarrollar” (conf. este Tribunal, expte. n° 2539/03, “GCBA s/queja por recurso de apelación ord. denegado, en: ‘Compañía Meca S.A. c/DGR [resol. 429-DGR/00] s/recurso de apel. jud. c/decis. de DGR [art. 114 C.F.]’”, sentencia del 19/11/2003).

De todos modos, debe señalarse que el importe disputado en último término, que surge de la sentencia de Cámara (fs. 608/619), arroja los siguientes valores: impuesto controvertido \$ 655.582,37; multa aplicada \$ 477.872,14.

Sobre este asunto cabe tener presente que la suma señalada en concepto de gravamen (sin discriminación de capital ni de accesorios) no alcanza al mínimo legal de \$ 700.000, necesario para abrir la vía de apelación ordinaria. Por cierto que, de conformidad con la jurisprudencia de la CSJN, para la procedencia formal del recurso deducido es necesario que el valor disputado en último término, se compute “sin sus accesorios” (*Fa-*

llos, 300:1282; 315:2205; 319:254; 320:210; 322:496, 2523; 325:1032, entre muchos otros).

Igualmente, de acuerdo con la doctrina de la Corte Suprema, no corresponde computar dentro del importe mínimo citado la multa aplicada, conforme a la jurisprudencia que sostiene "...que a tales fines, cabe excluir el monto correspondiente a la multa impuesta, pues esta Corte ha establecido que no puede hablarse de valor en disputa cuando lo que está en juego es la aplicación de una sanción administrativa, disciplinaria o represiva. Ello así, pues la finalidad de tal medida no consiste en reparar un perjuicio o constituir una fuente de recursos para el erario, sino en la restauración del orden jurídico infringido (*Fallos*, 324:3083; sentencia del 8/9/2003 *in re* "Club Atlético Vélez Sarsfield Asociación Civ. [T.F. 15182-I] c/Dirección Gral. Impositiva", *LL*, 9/1/2004, 3).

Resta señalar que en virtud del acogimiento de la parte actora —por los conceptos y períodos por los cuales la sentencia del 24/2/2004 le fue adversa—, a los beneficios dispuestos por el régimen de presentación espontánea y regularización de obligaciones exteriorizadas e impagas, establecido por la ley 1078, por la suma de \$ 86.260,12 (correspondiente a los períodos 12/93 a 4/98) el valor en disputa en último término podría aún ser menor que el considerado en la sentencia referida (fs. 697/704 y vta.). Ello es así, porque la cifra citada —a todo evento— debería detraerse del monto en litigio para estimar el verdadero valor de la controversia para quien, como el GCBA, pretende hacer prosperar numéricamente un recurso ordinario de apelación.

4. En virtud de lo expuesto, el recurso ordinario de apelación interpuesto por la demandada (a fs. 621/624, fundado a fs. 716/728) es improcedente, ya que la suma del gravamen en disputa —sin considerar sus accesorios y la multa— no supera el mínimo legal al que se hizo referencia.

Por ello, se declara mal concedido el recurso ordinario de apelación. Costas a la demandada, ya que la actora cuestionó la procedencia formal del recurso por razón del importe litigioso (art. 62, CCAyT).

II

1. El recurso de queja, subsidiariamente interpuesto por la el GCBA frente al rechazo de su recurso de inconstitucionalidad (fs. 705/706), fue deducido en tiempo oportuno y en forma debida (art. 33, ley 402). Empero, él no puede tener favorable acogida.

2. En efecto, el recurso de que se trata padece de un defecto genérico: no logra conectar el agravio concreto que —afirma— le provoca la sentencia con un motivo de impugnación de carácter constitucional, esto es —expresado de manera general—, con la aplicación de una norma que lesione una garantía constitucional referida directamente al caso.

El GCBA no logró exponer fundadamente un caso constitucional, conforme lo establece el art. 27, ley 402. El recurrente sólo formuló reproches genéricos a la sentencia recurrida, así como incurrió en la mera mención de disposiciones constitucionales, sin conectar esos reproches con las menciones que realiza, de manera de establecer una verdadera cuestión constitucional (conf. este Tribunal *in re* “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Novik, Jorgelina Carla y Wlodekowsky, Irene c/GCBA s/amparo’”, expte. n° 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. n° 1309/01, resolución del 6/3/2002 y sus citas).

Como bien lo señala el señor fiscal general adjunto en su dictamen (fs. 829/832), la queja reitera los defectos que ya contenía el recurso de inconstitucionalidad, pues si bien proclama en forma genérica la afectación de derechos de raigambre constitucional —arts. 1°, 16, 17, 18, 28 y 31 de la C.N. y arts. 10, 11, 12, inc. 5°, 13, inc. 3°, 51, 62 y 129 de la CCBA—, no logra establecer la adecuada correspondencia entre los derechos cuya afectación invoca y el contenido de la sentencia recurrida.

El tribunal ya ha expresado, múltiplemente, que la referencia ritual a derechos y/o principios constitucionales contenidos en el recurso, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente para fundar el recurso por inconstitucionalidad, ya que si bastara la invocación genérica de un derecho, principio o garantía de raigambre constitucional —como los aquí involucrados—, este Tribunal se vería convertido en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad, posibilidad inadmisible en el marco del recurso extraordinario local (conf. *CyJ, Fallos TSJBA*, II-2001, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 20 y ss., en: “Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja”, expte. n° 131/99, resolución del 23/2/2000; más próximo al momento actual: expte n° 1898/02, “‘Droguería Americana c/GCBA [Dir. Gral. de Rentas —resol. 7346/91] s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR’ s/recurso de apelación ordinario”, sentencia del 17/11/2003, aún sin publicar).

3. Asimismo, ante el argumento de arbitrariedad que también esgrime la quejosa es enteramente aplicable la doctrina previa del TSJ en el

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

En definitiva, bueno es señalarlo, los argumentos que introduce la quejosa versan sobre la interpretación de normas “infraconstitucionales” (código fiscal, ordenanzas fiscales, decretos y resoluciones locales) y acerca de la valoración de hechos y pruebas, ocurridos y arrimados a la causa, por lo que es manifiesto que la impugnación *sub examine* está muy lejos de comprometer la interpretación de preceptos o garantías constitucionales; más bien se trata, dado el carácter subsidiario de este recurso, de un modo de volver a instalar en el centro de la controversia rubros tributarios concretos (nociones de: consumidor final, público consumidor, ventas a hoteles y *shoppings*, equipamientos para cocinas, exenciones, etcétera) que formaban parte del recurso ordinario que esta misma sentencia declara mal concedido. Ello no constituye la materia propia de la instancia de excepción que se transita.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Adhiero al voto de mi colega, doctor Julio B. J. Maier, en tanto concluye que ha sido mal concedido el recurso de apelación ordinaria interpuesto por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, con costas. Otro tanto hago respecto a su pronunciamiento por el rechazo de la queja incoada por la misma parte por recurso de inconstitucionalidad denegado. Lo antedicho, sin perjuicio de las matizaciones complementarias que seguidamente formulo.

2. Respecto del recurso de apelación ordinaria, concuerdo con el preopinante juez de trámite en que el monto en disputa no satisface la exigencia contemplada en el art. 26 de la ley 7 —texto conforme art. 2° de la ley 189—, que habilita a este estrado a actuar como alzada en las causas en las que la Ciudad sea parte, siempre que el valor disputado en último término, sin sus accesorios supere la suma de \$ 700.000.

De la literalidad del precepto resulta incuestionable que los intereses no deben integrarse al monto controvertido en último término, habida cuenta de su carácter de *accesorios* (*Fallos*, 300:1282; 315:2205; 319:254; 320:210; 322:496, 2523; 325:1034, entre muchos otros).

A su vez, el monto que por impuesto adeudado se consigna en la sentencia del *a quo* \$ 655.582,37 podría resultar minorado como consecuencia de la presentación espontánea y regularización de obligaciones impagas a que se acogió el contribuyente (régimen de la ley 1.078), por los períodos 12/93 a 4/98, que alcanza a \$ 86.260,12.

Finalmente, y en lo principal, para disipar cualquier duda, cabe remarcar que la multa impuesta de \$ 477.872,14, equivalente al 65 % del importe del tributo omitido, al estimarse a la empresa actora incurso en la figura de evasión fiscal, no contribuye a conformar el monto en disputa a los fines de la apelación ordinaria.

La afirmación contenida en el párrafo precedente se sustenta en el hecho que el importe de las sanciones pecuniarias no es reconducible al *valor disputado en último término*, de que se hace mérito el art. 26 de la ley 7, con referencia a la apelación ordinaria, en tanto la naturaleza de tales penalidades es disciplinaria o represiva, ya que no se endereza a reparar un perjuicio o constituir una fuente de recursos para el erario, sino a la restauración del orden jurídico infringido (*in re*: “Establecimiento Modelo Terrabusi S.A.” —*Fallos*, 324:3083—, sentencia del 27/9/2001).

Tal cual lo ha reconocido la CSJN en una vasta jurisprudencia, *las multas tributarias tienen naturaleza penal*, pues funcionan, esencialmente, como medio de reprimir y no como indemnización tasada, ya que se trata de sanciones ejemplificadoras e intimidatorias concebidas para lograr el acatamiento de los preceptos legales que instituyen la obligación de contribuir al levantamiento de las cargas públicas.

Remito sobre el particular al catálogo de pronunciamientos del Alto tribunal Federal que, a otros fines, inventariara en el voto que emitiera en la causa: “Rodó Hogar S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Rodó Hogar S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos’”, expte. n° 2612/03, resolución del 7/4/2004. Allí tomé en cuenta los siguientes precedentes: a) *multas aduaneras* —causas: “El Fisco nacional c/D. Saturnino Soage y C^a s/contrabando” (*Fallos*, 18:350), sentencia del 5/12/1876; “Compañía Swift c/el Gobierno nacional, por devolución de una suma de dinero” (*Fallos*, 156:100), sentencia del 15/11/1929; “Chadwick, Weir y Compañía Limitada en autos con la Aduana de la Capital, sobre defraudación. Recurso de hecho” (*Fallos*, 162:224), sentencia del 21/9/1931; “Cía. Swift de La Plata v. Nación Argentina” (*Fallos*, 184:162), sentencia del 7/7/1939; “Ángel García y Aurelio García” (*Fallos*, 184:417), sentencia del 1º/9/1939; “Aduana c/N. Neuman, Sociedad en Comandita” (*Fallos*, 196:179), sentencia del 14/7/1943; “Pedro Jajan y otra” (*Fallos*, 237:704), sentencia del 22/5/1957; “Aduana de Mendoza c/Ventura Heriberto Fernández” (*Fallos*, 239:449), sentencia del

27/12/1957; “Nación Argentina c/José Aguirre Cámara y otros” (*Fallos*, 239:501), sentencia del 30/12/1957; “Hersch Wolczanski” (*Fallos*, 267:457), sentencia del 15/5/1967; “S.A. Guillermo Miras C.I.F. c/Administración Nacional de Aduanas” (*Fallos*, 287:76), sentencia del 18/10/1973; “S.A.I. y C. Papelera Hurlingham c/Administración Nacional de Aduanas” (*Fallos*, 288:356), sentencia del 6/5/1974; “Alberto Bigio c/Dirección Nacional de Aduanas” (*Fallos*, 289:336), sentencia del 29/8/1974; “Hercyk Leon Frydman y otra” (*Fallos*, 297:215), sentencia del 24/3/1977; “Cimac S.C.A. c/Nación Argentina” (*Fallos*, 304:892), sentencia del 22/6/1982; “Industria Automotriz ‘Santa Fe’” (*Fallos*, 304:1692), sentencia del 25/11/1982; “Jaime Bahar y otros” (*Fallos*, 305:373), sentencia del 22/3/1983; “Citrex SAIC” (*Fallos*, 308: 1224), sentencia del 14/8/1986; y “Citrex SAIC” (*Fallos*, 308:2043), sentencia del 28/10/1986—; b) *multas en los impuestos internos o a los consumos específicos* —causas: “El Fisco nacional, contra don José Crespo Bru, por cobro de una multa; sobre competencia” (*Fallos*, 66:332), sentencia de 9/2/1897; “Don Daniel J. y Vicente Espouneys, entablan recurso contencioso contra una resolución de la Administración General de Impuestos Internos que le impuso una multa” (*Fallos*, 151:293), sentencia del 30/5/1928; “Gobierno Nacional contra la Compañía de Seguros Independencia, sobre cobro de pesos” (*Fallos*, 160:13), sentencia del 24/12/1930; “Administración de Impuestos Internos contra don Martiniano Malmonge Nebreda, por defraudación de impuesto interno al tabaco” (*Fallos*, 169:309), sentencia del 15/11/1933; “Banco Ítalo Español Argentino, síndico de la quiebra de la Sociedad ‘Sucesores de Ángel Rossi’, en los autos ‘Sucesores de Ángel Rossi’, apelando de una resolución de Impuestos Internos. Recurso de hecho” (*Fallos*, 170:149), sentencia del 21/2/1934; “Riscossa Hermanos c/Impuestos Internos” (*Fallos*, 182:364), sentencia del 5/12/1938; “Procurador fiscal c/Isaac Sosa Paez y otros” (*Fallos*, 183:216), sentencia del 22/3/1939; “General Motors Argentina S.A. c/Impuestos Internos, recurso de hecho” (*Fallos*, 183:383), sentencia del 8/5/1939; “Impuestos Internos c/Antonio Pérez y Santos” (*Fallos*, 187:569), sentencia del 6/9/1940; “Lumeras y Menéndez c/Impuestos Internos” (*Fallos*, 187:683), sentencia del 25/9/1940; “Marcos, Alfonso y Pedro Nicolodi c/Impuestos Internos” (*Fallos*, 204:243), sentencia del 15/3/1946; “Jose Santamarina c/Nación Argentina” (*Fallos*, 210:65), sentencia del 20/2/1948; “José Paviolo S.A. Ltda.” (*Fallos*, 211:1380), sentencia del 25/8/1948 y “Antonio Díaz y José Quirino Martins” (*Fallos*, 212:240), sentencia del 3/11/1948; “S.A. Industrial y Comercial ‘Ragor’” (*Fallos*, 228:375), sentencia del 22/4/1954—; c) *multas por conductas tipificadas en la ley 11.683* —causas: “Ignacio García c/Dirección General del Impuesto a los Réditos” (*Fallos*, 192:229), sen-

tencia del 13/4/1942; “Eugenio Robba c/Dirección General del Impuesto a los Réditos” (*Fallos*, 195:56), sentencia del 24/2/1943; “Jorge Fares c/Dirección General del Impuesto a los Réditos” (*Fallos*, 200:495), sentencia del 29/12/1944; “Ernani Luis Castellini c/Dirección General del Impuesto a los Réditos” (*Fallos*, 205:173), sentencia del 3/7/1946; “S.A. Tricerri” (*Fallos*, 270:29), sentencia del 9/2/1968; “Roque Humberto Belli c/Dirección General Impositiva” (*Fallos*, 298:57), sentencia del 14/6/1977; y “Usandizaga, Perrone y Juliarena S.R.L. c/Dirección General Impositiva” (*Fallos*, 303:1548), sentencia del 15/10/1981—; d) *recargos de la ley 11.683* —causa: “Eduardo Francisco Zielli” (*Fallos*, 271:338), sentencia del 13/9/1968—; e) *multas en los impuestos de sellos* —causas: “Don Antonio Urraco contra don Francisco Troanes, por cobro de pesos; sobre multa por infracción de la ley de sellos” (*Fallos*, 34:167), sentencia del 7/8/1888; y “Leonora Blanco c/Necha Esterkes” (*Fallos*, 259:195), sentencia del 29/7/1964—; f) *multas en los impuestos a la transmisión gratuita de bienes* —causa: “Federico O. Bemberg y Otro c/Provincia de Buenos Aires” (*Fallos*, 247:225), sentencia del 1º/7/1960—; g) *multas en los impuestos de patentes* —causa: “Provincia de San Juan c/Pablo Posleman” (*Fallos*, 185:188), sentencia del 17/11/1939—; y h) *multas en contribuciones especiales* —causa: “Nación Argentina c/Cangiani Hnos. y Cía.” (*Fallos*, 270:381), sentencia del 10/5/1968.

A las causas señaladas hay que sumar las citas más recientes, efectuadas por mis colegas, de pronunciamientos del tribunal cimero relativos a multas por conductas tipificadas en la ley 11.683, *in re*: “Club Atlético Vélez Sarsfield Asociación Civil (TF 15182-I) c/Dirección General Impositiva” (*Fallos*, 326:3225), sentencia del 8/9/2003, y causa: “Hotel Presidente (TF 7958-I) c/DGI” (Registro del Alto tribunal letra H. 123, libro XXXIX), sentencia del 23/3/2004.

Las circunstancias antes apuntadas determinan la improcedencia formal de la apelación ordinaria deducida ante este estrado por ausencia de un presupuesto esencial a la admisibilidad del recurso —*valor disputado en último término*—, sin que obste a esta decisión el hecho de que la Cámara lo haya concedido (*Fallos*, 314:1455; 318:1052, entre muchos otros).

3. En lo que respecta a la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, interpuesta en subsidio por la demandada, también participo del criterio y los fundamentos que informan el ilustrado voto de mi colega el doctor Julio B. J. Maier, y que descartan pueda tener favorable acogida en esta instancia.

Los agravios articulados no alcanzan a exponer fundadamente un caso constitucional, más allá de la referencia ritual a derechos, garantías y principios constitucionales. Por otra parte, la aducida tacha de arbitrarie-

dad no alcanza a poner en crisis la sentencia del *a quo* ya que resulta insuficiente trazar, a partir de otra línea argumentativa, la discrepancia con el razonamiento efectuado por el sentenciante.

4. Por las razones antecedentes, y por las más extensas formulaciones del juez preopinante y lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, me pronuncio por declarar mal concedido el recurso de apelación interpuesto, con costas, y rechazar el recurso de queja articulado en subsidio.

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero al voto del Dr. Maier, con las siguientes aclaraciones respecto de la inadmisibilidad formal del recurso de apelación ordinario.

1. El art. 24, inc. 6º apart. a) del dec. ley 1285/58 instituye el recurso de apelación ordinaria ante la Corte Suprema de Justicia, en causas en las que el Estado nacional sea parte y el valor disputado en último término, sin sus accesorios, supere los \$ 726.523,32 (conforme ley 21.708 y resolución 1360/91 de la Corte). Este recurso ha sido consagrado con la finalidad de que dicho órgano judicial revise con amplitud *aquellas sentencias que pudieran comprometer el patrimonio del Estado nacional*.

En este sentido, la Corte Suprema ha dicho en *Fallos*, 241:218 que “... El beneficio de la tercera instancia ante esta Corte tiene por objeto, de acuerdo con la reiterada jurisprudencia del tribunal, proteger los intereses del Fisco nacional (*Fallos*, 104:242; 203:398), y conceder una mayor seguridad de acierto a las sentencias que decidan cuestiones de determinada cuantía, que comprometan el patrimonio de la Nación (*Fallos*, 234:427)...”.

Ello porque el Estado nacional, a través de sus poderes ejecutivo y legislativo, elabora anualmente un presupuesto, donde estima los gastos y recursos necesarios para desarrollar su gestión. Cualquier modificación sustancial a aquellas previsiones, puede comprometer seriamente la ejecución de actividades organizadas en beneficio de la sociedad.

En otras palabras, el recurso de apelación ordinaria ante la Corte Suprema solo procede cuando está comprometido el patrimonio del Estado nacional. *Contrario sensu, si el monto en disputa no compromete dicho patrimonio, el recurso resulta improcedente, ya que pierde todo fundamento teleológico*.

2. El art. 26 de la ley 7 —texto conforme art. 2º de la ley 189— incorpora al ámbito local el recurso de apelación ordinaria ante el Tribunal Superior de Justicia, con las mismas características mencionadas anteriormente. Procede “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)".

El tribunal deberá, en primer término, avocarse a analizar la procedencia formal del recurso, particularmente el recaudo del valor disputado. Y para ello tenemos que definir qué debe entenderse por "valor disputado en último término".

Liminarmente, cabe aclarar que el monto disputado en último término es diferente al monto del juicio, ya que consiste en la suma en que se pretende modificar el fallo impugnado, es decir el monto del agravio (*Fallos*, 250:594; 258:13; 276:362; 310:631; 319:167, entre muchos otros). Este último equivale a la diferencia entre el importe de la condena impuesta en el fallo recurrido, y lo reclamado por la parte recurrente en los escritos constitutivos —demanda, contestación de demanda, reconvención.

A su vez, para determinar el monto disputado no deben computarse los accesorios, entre los que se encuentran los intereses, porque así lo indica expresamente el art. 26 de la ley 7.

3. En cuanto a la multa, para determinar si puede o no considerarse comprendida dentro del concepto de "valor disputado", debemos indagar sobre su naturaleza jurídica y finalidad.

La multa dictada en el marco de un procedimiento tributario es una sanción ante una conducta reprochable del contribuyente, y como tal tiene una finalidad eminentemente *represiva*: castigar al infractor y que ello sirva como ejemplo a los demás contribuyentes.

Justamente allí radica su diferencia con los intereses, instituto de naturaleza claramente *resarcitoria*, ya que su única finalidad consiste en reparar el perjuicio sufrido por la Administración Pública, por verse privada de utilizar las sumas debidas.

En consecuencia, la imposición de una multa fiscal nunca puede tener por finalidad recomponer el patrimonio estatal agredido. Dicho objetivo se logrará con el pago por parte del contribuyente infractor del capital adeudado más los intereses resarcitorios y/o punitivos contemplados en las normas fiscales.

Por todo ello, resulta improcedente incluir a la multa en el concepto de "valor disputado" a los efectos de admitir formalmente el recurso de apelación ordinaria ante este Tribunal, ya que en ese caso no se encuentra comprometido de manera alguna el patrimonio de la Ciudad de Buenos Aires, lo cual priva al recurso de todo fundamento teleológico.

El mismo criterio fue esbozado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para quien "no puede hablarse de valor disputado cuando está en juego la aplicación de sanciones administrativas pecuniarias, cuya finalidad consiste en proteger el orden jurídico infringido, y no en reparar

un perjuicio o constituir una fuente de recursos para el erario público.” Así lo dijo en recientes fallos, entre los que cabe mencionar “Establecimiento Modelo Terrabusi”, del 27/9/2001 (*Fallos*, 324:3083); “San Martín”, del 21/8/2003; “Club Atlético Vélez Sarsfield”, del 08/09/2003 (*LL*, 9/1/2004, p. 3); “Hotel Presidente”, del 23/3/2004 (*LL*, 31/5/2004, p. 6).

4. En el presente proceso se controvierte, entre otros ítems, una deuda impositiva que, conforme la resol. 5277-DGR-00 —cuestionada por la parte actora—, asciende a la suma de \$ 655.582,37.

La sentencia de Cámara revocó parcialmente dicha resolución, consid. procedentes determinadas pautas aplicadas por la Administración Pública local, y asignando razón a la actora en otros de sus planteos.

La demandada, al interponer el recurso de apelación ordinaria, manifestó encontrarse en la “imposibilidad jurídica y fáctica de determinar el monto por el cual se interpone el presente recurso”.

Resulta claro que el “valor disputado en último término” dependerá de una nueva liquidación a realizar por la Dirección General de Rentas de la Ciudad de Buenos Aires, de acuerdo a las pautas establecidas en sede judicial. Pero ese valor de ninguna manera podrá superar los \$ 655.582,37, de hecho —conforme el fallo de la Cámara— debería ser inferior a esa suma, ya que el *a quo* revocó *parcialmente* la resolución cuestionada, lo cual implica que hay una porción de la deuda determinada que efectivamente debe abonar la accionante —lo cual disminuye el monto del agravio que puede aducir el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

Por lo tanto, con este solo argumento corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto.

Los jueces ALICIA E. C. RUIZ y LUIS F. LOZANO dijeron:

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

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

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Declarar* mal concedido el recurso de apelación ordinaria interpuesto por el GCBA, con costas.

2°. Rechazar el recurso de queja planteado por el GCBA.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique y se devuelva el principal con la queja.

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

XVI

“GCBA S/QUEJA POR RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN:
‘CORBEIRA, CONSTANZA TERESA C/GCBA
S/AMPARO (ART. 14, CCBA)’”

**RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad. Administración pública.
Empleo público. Planta permanente. Nulidad del acto
de rescisión contractual. Concurso público. Arbitrariedad de sentencia**

Expte. n° 3348/04 - 30/3/2005

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. A fs. 1/4 vta. (expediente principal), Constanza Teresa Corbeira inició acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, con el objeto de que se declare la “ilegitimidad e inconstitucionalidad” (fs. 1) de aquellos actos por los cuales, según la interpretación de la actora, se procedió a prescindir de los servicios que ella prestaba en el Teatro Colón de esta ciudad, en violación a la legislación vigente (fs. 1/2 vta.). La decisión administrativa se sustentó en la existencia de una contratación bajo la forma de una locación de servicios y las facultades de resolución contractual que allí se habrían establecido. La amparista solicita se disponga su reintegro a la función de secretaria del director general artístico de dicha institución, se le reconozca estabilidad en el empleo y se efectivice su reincorporación inmediata a la planta permanente de la Administración en la categoría, función y con la remuneración antes asignada. En caso de negativa, solicita la aplicación de astreintes y el pago de los salarios caídos hasta el momento de su reincorporación (fs. 1). La amparista expone que las supuestas locaciones de servicios prestadas a la demandada, que se fueron renovando sucesiva e ininterrumpidamente, por períodos anuales, constituyeron, veladamente, una genuina relación de empleo público que, por su duración, excede ampliamente el plazo de doce meses establecido en el art. 37 de la ley 471 para la adquisición de estabilidad en el empleo público. Asimismo, la Srta. Corbeira alega que las tareas desempeñadas no se encontraban comprendidas dentro de las funciones de los trabajadores transitorios, sino que eran propias del régimen de carrera (fs. 1 vta./2).

2. La demandada produjo el informe previsto por el art. 8° de la ley 16.986 y solicitó el rechazo de la demanda promovida (fs. 48/57 del expediente principal). En particular, negó que entre la actora y el GCBA existiera una relación jurídica de carácter permanente, en los términos de la ley 471 y que, en consecuencia, aquella pudiera exigir su incorporación a la planta permanente del Gobierno de esta ciudad, por el mero transcurso del tiempo (fs. 48 vta.).

3. A fs. 124/132 (expediente principal), el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 2, hizo lugar al amparo incoado y ordenó al GCBA a incorporar a la amparista como empleada de planta en la categoría y función en que revistaba al 2/9/2002 (fecha en que la accionante fue notificada de la rescisión de su contrato laboral, fs. 124/124 vta.), y a abonar los salarios caídos, desde la fecha indicada y hasta que se efectivizara su reincorporación. El fundamento de esta decisión significó acoger lo alegado por la amparista, en cuanto el magistrado consideró que ella había sido contratada en fraude a las normas laborales y constitucionales vigentes y aplicables a su caso. En efecto, el juez expresó que la demandada pretendió que una sucesión de contratos operara como “pantalla” (*sic*) de la verdadera y subyacente relación de empleo público de la actora (fs. 126 vta.). En consecuencia, consideró que la nulidad del despido resultaba manifiesta por haberse vulnerado la estabilidad (fs. 127).

4. A fs. 133/141 y 142/154 vta. (expediente principal), la señora fiscal ante la primera instancia y la parte demandada interpusieron recursos de apelación. Los agravios esgrimidos por la primera se circunscribieron a solicitar la revocación de la sentencia en cumplimiento de lo dispuesto por el art. 43 de la CCBA, esto es, a la efectivización de la reincorporación de la amparista como personal transitorio hasta la realización del concurso, previsto por el art. 2°, inc. a), de la ley 471, que cubriese definitivamente la vacante que ocupaba. Por su parte, la demandada solicitó la revocación de la sentencia recurrida en todas sus partes y manifestó que dicho pronunciamiento significó asumir, por parte del magistrado actuante, funciones propias de la Administración, prescindir del derecho aplicable y decidir arbitrariamente, al haberse sustentado exclusivamente en su voluntad (fs. 149).

5. A fs. 198/202 (expediente principal), y frente a la apelación interpuesta, la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario resolvió, por mayoría, hacer lugar parcialmente a los agravios deducidos por la demandada y, en consecuencia, ordenar la reincorporación de la actora como agente de la planta permanente del Teatro Colón, con la

misma situación de revista, función y remuneración que le correspondían. Asimismo, dispuso modificar la sentencia apelada, a fin de rechazar la pretensión de cobro de los salarios caídos, sin costas, por existir vencimientos parciales mutuos (fs. 201 vta.). Para así decidir, los camaristas articularon dos argumentos centrales: en primer lugar, estimaron que el contexto laboral existente al momento de desempeñarse la amparista resultaba “irregular” (fs. 199 vta.), y que la rescisión unilateral de la relación contractual que ligaba a la actora con la Administración constituyó un acto nulo, de nulidad absoluta, toda vez que fue dictado en violación de la ley aplicable (fs. 199 vta.). En segundo lugar, sostuvieron que, aunque la actora no cumplió el recaudo legal del ingreso por concurso —que perfecciona la designación en planta permanente—, este extremo tampoco resultaba imputable a aquella, por cuanto no podría hacerse cargar a la amparista con las consecuencias adversas de la falta de realización oportuna del procedimiento de selección, actividad que no le compete a ella sino al Gobierno demandado (fs. 200).

6. A fs. 207/214 vta. (expediente principal), el GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad por considerar que el fallo referido, al apartarse de las disposiciones constitucionales locales contenidas en los art. 13, inc. 3, 43, 102 y 104, así como del art. 18 de la C.N. y del art. 2º, inc. a), de la ley 471, incurría en los supuestos de arbitrariedad de sentencia y gravedad institucional. La Sala I de la Cámara denegó el recurso de inconstitucionalidad, con costas (fs. 225/226 vta., expediente principal). Para decidir de ese modo, los camaristas expresaron que el principal argumento esgrimido por el Gobierno en sustento de su recurso consistía en una interpretación parcial y selectiva del pronunciamiento impugnado, la cual, a su vez, redundaba en la reconsideración colateral de un *obiter dictum* presente en la sentencia de la alzada. En cuanto a la doctrina de la arbitrariedad, destacó, sobre la base del pronunciamiento de este Tribunal (voto del señor juez Julio B. J. Maier) en la causa “Carracedo, Hugo Luis s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado” y su acumulado expte. n° 2578 “GCBA s/recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado”, ambos en “Carracedo, Hugo Luis c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)”, expte. n° 2567/03, resolución del 20/4/2004, que aquella no debía interpretarse como “una vía oblicua para exponer agravios que no involucren cuestiones constitucionales” (fs. 225 vta.), sino como un remedio ante decisiones desprovistas de todo sustento, excepto el que ofrece la voluntad de los magistrados (fs. 225 vta.). Asimismo, la Cámara rechazó la invocación de la doctrina de la “gravedad institucional” (fs. 226), en tanto ésta consiste en “una construcción de la Corte fe-

deral, específicamente referida al recurso extraordinario federal” (...) [cuyo sentido es el de] “remover obstáculos para acceder a la Corte... obstáculos que en esta causa y con respecto al recurso local, no se encuentran” (fs. 226).

7. La denegatoria del recurso de inconstitucionalidad motivó la deducción, por parte del GCBA, del recurso de hecho que corre en el expediente del recurso de queja, en los términos contemplados en el art. 33 de la ley 402. Así, estos autos llegan a dictamen de la Fiscalía General adjunta de la CABA, en virtud de la delegación efectuada por el señor fiscal general, conforme lo establecido en el art. 21, inc. 1º, de la ley 21. A fs. 78/84 vta. (expediente de la queja), emitió su dictamen el señor fiscal general adjunto, quien propició admitir la queja y, por ende, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad. Para así decidir, el señor fiscal estimó que el agravio relativo a la arbitrariedad de sentencia debe prosperar, y que la sentencia de Cámara “violó el principio de congruencia, se fundó en una circunstancia fáctica no alegada por la accionante y aplicó una normativa no vigente al tiempo de extinguirse la relación jurídica sustancial, lo cual descalifica al decisorio como acto jurisdiccional válido” (fs. 84 del expediente de queja).

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a fs. 58/71 fue deducido en tiempo y modo oportuno (art. 33, ley 402). Empero, él no puede tener acogida favorable.

2. En principio, cabe apuntar que ninguna de las razones expuestas por la Cámara para no conceder dicho recurso fueron rebatidas convincentemente en el recurso de queja. Ello implica, según se aprecia sencillamente, que el recurso bajo examen carece de autosuficiencia, recaudo formal que torna pertinente la impugnación de referencia, cuya ausencia la torna improcedente.

En el ámbito sustancial de la controversia —a fin de conferir autonomía a este pronunciamiento y de dar debida cuenta de los profusos argumentos esgrimidos por la recurrente—, debe señalarse que el recurso no logra conectar los agravios concretos que —afirma— le provoca la sentencia con un motivo de impugnación de carácter constitucional, esto es —expresado de manera general—, con la aplicación de una norma que lesione una garantía constitucional referida directamente al caso. Ello significa que la quejosa no logró exponer fundadamente un caso constitucio-

nal, conforme lo establece el art. 27, ley 402, razón por la cual el último juez de mérito dictó la sentencia definitiva; el tribunal no tiene competencia para decidir cuestiones de mérito, relativas al hecho, su prueba y la adecuación del derecho infraconstitucional al caso. El recurrente sólo formuló reproches fácticos y críticas concernientes a la interpretación de normas que carecen de rango constitucional contenidas en la sentencia recurrida, así como incurrió en la mera enumeración de disposiciones constitucionales, sin vincular convincentemente esos reproches con las menciones que realiza, de manera de establecer una verdadera cuestión constitucional (conf. este Tribunal *in re* “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Fullone, Mirta Susana c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 3101/04, resolución del 17/11/2004 y sus citas, mi voto, consids. 1 y 2; “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Novik, Jorgelina Carla y Wlodkowsky, Irene c/GCBA s/amparo’”, expte. n° 1465/02, resolución del 24/4/2002; “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. n° 1309/01, resolución del 6/3/2002 y sus citas).

3. En suma, la queja, si bien proclama en forma genérica la afectación de algunas garantías de raigambre constitucional (aunque el núcleo de la argumentación se refiere a la alegada inexcusabilidad del requisito de concurso público para formalizar la relación de empleo público en esta Ciudad), en el magro capítulo que dedica al asunto (fs. 58/65 del expediente de la queja), no logra establecer la adecuada correspondencia entre los derechos cuya afectación invoca y el contenido de la sentencia recurrida.

El tribunal ya ha expresado, múltiplemente, que la referencia ritual a derechos y/o principios constitucionales contenidos en el recurso, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente para fundar el recurso por inconstitucionalidad, ya que si bastara la invocación genérica de un derecho, principio o garantía de raigambre constitucional —como los aquí involucrados—, este Tribunal se vería convertido en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad, posibilidad inadmisible en el marco del recurso extraordinario local (conf. *CyJ, Fallos TSJBA*, II-2002, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 20 y ss., en: “Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja”, expte. n° 131/99, resolución del 23/2/2000; más próximo al momento actual: expte n° 1898/02, “‘Droguería Americana c/GCBA [resol. DGR-7346/91] s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR’ s/recurso de apelación ordinario”, sentencia del 17/11/2003, aún sin publicar).

Las demás disposiciones puestas en juego para fundar la sentencia (derecho civil, derecho laboral local) constituyen todas interpretación de reglas infraconstitucionales, tarea no comprendida por el recurso interpuesto ni constitutiva de la competencia del tribunal, más allá del acierto o desacierto de su interpretación, según puntos de vista de diversos intérpretes. El recurso de inconstitucionalidad no erige al tribunal, reitero, en una tercera instancia de hechos o del derecho común.

4. Asimismo, ante el argumento de arbitrariedad que esgrime la quejosa, es enteramente aplicable la doctrina previa del TSJ en el sentido de que, “bajo la designación de arbitrariedad la actora [en este caso: la recurrente] tiende a controvertir el fundamento jurídico contenido en la sentencia recurrida, sin incluir (...) razones de índole constitucional. La circunstancia de que la recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que la sentencia, más allá de su acierto o error, devenga infundada y, por ende, arbitraria” (conf. el tribunal *in re* “Federación Argentina de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas en *CyJ, Fallos TSJBA*, I-1999, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 282 y ss.).

Por lo demás, la CSJN —creadora de esta doctrina— señala que “la doctrina de la arbitrariedad posee un carácter estrictamente excepcional y exige, por tanto, que medie un apartamiento inequívoco de las normas que rigen el caso o una absoluta carencia de fundamentación” (*Fallos*, 323:2879), así como que la tacha de arbitrariedad debe ser apreciada estricta y restrictivamente, pues, según lo ha dicho la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación: “La doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados (...) sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N.” (*Fallos*, 312:246, 389, 608, 1839, entre otros); este Tribunal, expte. n° 726/00 “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo”, sentencia del 24/5/2001, *CyJ, Fallos TSJBA*, III-2001, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 240 y ss; expte. n° 912 “Caballero, Jorge Alberto y otros s/art. 71, Cód. Contrav. —causa 555-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, sentencia del 5/12/2001, *CyJ, Fallos TSJBA*, III-2001, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 749 y ss.).

En definitiva, los argumentos que introduce la quejosa sólo versan sobre la interpretación asignable a normas infraconstitucionales (especial-

mente, la ley local 471, diversos decretos que reglamentan aspectos variados de la relación laboral para el personal suplente, transitorio o permanente de la administración pública en la Ciudad de Buenos Aires, y ciertos principios que gobiernan las relaciones eminentemente contractuales, como el *pacta sunt servanda* —art. 1197, Cód. Civil—, o la doctrina conforme a la cual *venire contra factum proprium non valet*) y acerca de la valoración de hechos y pruebas, ocurridos y arrimados a la causa, concernientes a la obligatoriedad de determinados procedimientos administrativos, al modo de regular el ingreso a la Administración pública local —mediante el procedimiento de concurso público—, a la atribución de responsabilidad por la falta de implementación oportuna de dicho mecanismo, así como a la ponderación que formuló la Cámara acerca de las circunstancias que confluían para caracterizar la relación laboral de la actora como una de empleo público, no de personal transitorio. No escapa a la lectura de este Tribunal la omisión de haber contestado, como se imponía la demandada lo hiciese, el cargo de fraude a la ley laboral local, presente en los pronunciamientos de ambas instancias.

Vale la pena indicar que la invocación del art. 43 de la CCBA proporciona un argumento más aparente que real. Es correcto afirmar que el art. 43 —en una extensión aquí no discutida— de la CCBA y su ley reglamentaria para los trabajadores del Poder Ejecutivo (ley 471, arts. 1º y 2º, inc. a), contienen al concurso público como vía de ingreso en la función, pero también es correcto reconocer en el caso, según la Cámara lo ha hecho en la sentencia recurrida, que la actora fue designada en el cargo ya con anterioridad a la misma CCBA, renovado su vínculo a pesar de la disposición citada en varias oportunidades, y aun después de la ley 471 (5/8/2000). Más allá del acierto o desacierto en la fijación o valoración de los hechos y —más grave aún— el de resolver por amparo la permanencia en un cargo de la administración, lo cierto es que el mecanismo del concurso es un *deber* de la administración y tan sólo una *facultad* jurídica del agente estatal, esto es, no constituye un recurso que deba poner necesariamente en funcionamiento la voluntad de quien trabaja en el Poder Ejecutivo local, argumento que utiliza con propiedad la sentencia criticada.

En tal sentido, más allá de su acierto o de su desacierto, la sentencia de Cámara contiene sobrados argumentos para sostener el resultado que propicia.

En razón de lo expuesto, la queja planteada debe ser rechazada.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Anticipo mi opinión en el sentido de que corresponde admitir la queja y hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA por las razones que expongo en los apartados siguientes.

2. La queja ha sido presentada en tiempo y forma (art. 33, L.P.T.). La crítica formulada al auto interlocutorio que denegó el recurso de inconstitucionalidad es idónea para conmover los fundamentos de esa decisión.

El GCBA señala acertadamente las falencias del pronunciamiento cuando destaca que la Cámara no trató agravios concretos esgrimidos en oportunidad de interponer el recurso de inconstitucionalidad. Centralmente, que en autos se falló con prescindencia de las circunstancias fácticas y jurídicas.

La ausencia de razones, que en tal aspecto hubiesen sustentado el decisorio, lo torna arbitrario por falta de motivación.

3. La sentencia impugnada por el Gobierno mediante el recurso de inconstitucionalidad decidió incorporar a la Sra. Corbeira a la planta permanente de la administración pública con sustento en el dec. 491/03.

Según se desprende de las constancias incorporadas a la causa, la actora cumplió funciones en el ámbito del Teatro Colón vinculada jurídicamente con el GCBA por una serie de contratos por tiempo determinado renovados continua e ininterrumpidamente desde el año 1991 hasta el dictado del dec. 624/00, en el año 2000. La norma citada, designó a la actora en planta transitoria desde el 1/5/2000 hasta el 31/12/2000. A pesar de lo cual, el 7/7/2000 formalizó su renuncia.

Nuevamente incorporada el 15/9/2000 para cumplir tareas de secretaria de funcionario dependiente de la Dirección General Artística del Teatro, continuó prestando servicios normalmente hasta que la administración rescindió el último contrato a partir del 2/9/2002, por resol. 2892-SC/02 del 10/10/2002.

El dec. 491 de 2003 transfirió personal de planta transitoria a planta permanente.

4. En el recurso de inconstitucionalidad el GCBA indicó que la Cámara tergiversó los hechos y aplicó a la amparista una norma que no se compadecía con su situación real (fs. 49 vta. expediente de queja). Asimismo, puso de manifiesto los defectos lógicos y argumentales de que adolece el fallo (fs. 50, último párrafo y ss. del expediente de queja).

La verificación de las inconsistencias apuntadas es suficiente para descalificar el pronunciamiento como acto jurisdiccional válido. Dos razones centrales orientan mi decisión en tal sentido:

- a) el fundamento jurídico sobre el cual la Cámara construyó su razonamiento, que descansa en la aplicación de una norma destinada a regir circunstancias distintas a la presente y
- b) el empleo de situaciones hipotéticas para intentar zanjar el problema de la intemporalidad del dec. 491/03 y justificar su aplicación.

En efecto, la Sra. Corbeira que había renunciado en el año 2000 a la planta transitoria, no está incluida en el ámbito personal de aplicación del dec. 491/03 que en su parte pertinente dice: “El personal designado en las Plantas Transitorias no docentes del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con anterioridad al 1º/3/2002 y que continúe en la actualidad en tal carácter, quedará comprendido a partir del 1º/4/2003 dentro de los alcances establecidos en la ley 471 para el personal de Planta Permanente de esta Administración Central (...)” (art. 2º, dec. cit.).

Precisamente, la renuncia de la actora a la planta transitoria en el año 2000 determina, en su caso, la inaplicabilidad del dec. 491/03.

La Cámara reconoce esa circunstancia cuando afirma que la actora “se habría visto beneficiada por las disposiciones del dec. 491/03 si no hubiese renunciado a integrar la mencionada planta de personal, como lo hizo el día 7/7/2000”.

Sin embargo, el tribunal pretende que la creencia que motivó la renuncia de la Sra. Corbeira “no puede ser interpretada como el propósito de excluirse voluntariamente de la regularización, que más tarde, benefició a los integrantes de la planta transitoria en cumplimiento de lo dispuesto en la ley 471 (art. 67)”.

Como se observa, el razonamiento seguido en la sentencia de Cámara supone reemplazar a los elementos fácticos incorporados al litigio (la renuncia y su aceptación) y las consecuencias que el ordenamiento jurídico atribuye a tales actos, por “creencias” inverificables construidas para justificar la aplicación a la actora del dec. 491/03.

Las consideraciones expuestas me obligan a descalificar por arbitrariedad a la sentencia de fs. 37/42, del expediente de queja.

La solución que propicio me exime de pronunciarme sobre los restantes agravios planteados en el recurso de inconstitucionalidad.

5. Por ello, voto por declarar la nulidad de la sentencia recurrida y remitir las actuaciones a la Sala II para que dicte un pronunciamiento ajustado a las circunstancias fácticas y normativas de la presente causa.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

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

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Comparto los argumentos vertidos por la jueza Alicia E. C. Ruiz, a los que me remito en homenaje a la brevedad, en cuanto sostiene que debe admitirse la queja y hacerse lugar al recurso de inconstitucionalidad, declarándose de conformidad a lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, la nulidad de la sentencia.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. La parte actora inició la presente acción de amparo con el objeto de que “se disponga la ilegitimidad e inconstitucionalidad de todos los actos que en violación de la legislación vigente se vienen llevando a cabo en el Teatro Colón de la Ciudad de Buenos Aires, por los cuales se procedió a prescindir de forma arbitraria de (sus) servicios sustentando la decisión en la existencia de una contratación bajo la forma de una locación de servicios personales y las facultades de resolución contractual que allí se habrían establecido y en consecuencia se ordene el reintegro en forma inmediata al trabajo que venía desempeñando en calidad de asistente de funcionario, secretaria del director general artístico del Teatro Colón de la Ciudad de Buenos Aires, que se (le) reconozca estabilidad en el empleo y se efectivice la incorporación definitiva a la planta permanente de la administración en la categoría, funciones y remuneración que percibiera hasta el momento de disponerse la negativa de trabajo”. En caso de negativa, se solicitó “la aplicación de astreintes y el pago de los salarios caídos hasta el momento de efectivizarse lo aquí peticionado” (fs. 1, autos principales).

2. Concretamente, la Sra. Corbeira pretende por la vía del amparo:

- a) la declaración de nulidad del acto administrativo que dispuso “por razones de servicio” la rescisión del contrato de locación de servicios que la unía al GCBA;
- b) la reposición en el cargo que venía desempeñando hasta ese momento —secretaria del director general artístico del Teatro Colón—;
- c) el reconocimiento de estabilidad en dicho cargo; y
- d) la incorporación efectiva a la planta permanente de la repartición con la categoría, funciones y remuneración que percibía hasta el momento de la baja.

En el expediente se encuentra acreditado:

- a) que la actora se desempeñó como auxiliar de dirección técnica del Teatro Colón;
- b) que su relación laboral se sustentó en diversos contratos, desde el 18/11/1991 hasta el 1/5/2000, fecha en que es incorporada a la planta transitoria;
- c) que la parte actora renunció a su cargo en planta transitoria y que esa renuncia fue aceptada por el GCBA mediante resol. 548-DGRH/00, con fecha 7/7/2000, quedando así extinguida la relación de empleo entre las partes (fs. 95, autos principales);
- d) que luego el GCBA suscribió con la actora un nuevo contrato de locación de servicios con vigencia entre el 1º/1/2001 y el 30/6/2002,

prorrogado hasta el 31/12/2002, mediante resol. 2073-SC/02 (fs. 109/112, autos principales); y

- e) que el Secretario de Cultura rescindió el contrato de locación de servicios celebrado con la Sra. Corbeira a partir del 2/9/2002, mediante resol. 2893-SC/02 (fs. 116, autos principales).

3. Efectuada esta sintética reseña, sólo corresponde agregar que adhiero a los desarrollos contenidos en el voto de mi colega la doctora Alicia E. C. Ruiz, por cuanto considero que corresponde dejar sin efecto el pronunciamiento recurrido. Computo para ello las razones claramente expuestas por mi colega antes aludida y así me pronuncio en razón de que la sentencia objetada exhibe una fundamentación tan sólo aparente pues, en suma, se sustenta en una norma (dec. 491/03) que resulta inaplicable al caso concreto, lo que justifica en mi concepto —y he aquí el matiz con el temperamento seguido por mi colega de estrado— sólo dejarla sin efecto.

4. Ahora bien, si se ignora la aplicación del citado decreto, el razonamiento del sentenciante no se sostiene. Así, a la luz de las circunstancias comprobadas de la causa, cobra importancia lo señalado por el señor fiscal general adjunto (véase dictamen a fs. 81 vta.), en punto a la objeción que formula sobre los efectos que la Cámara hace derivar de la declaración de nulidad de la resol. 2893-SC/02 del Secretario de Cultura que había dispuesto la rescisión del contrato de locación de servicios celebrado oportunamente con la actora. En este sentido, el tribunal *a quo* resolvió declarar la nulidad del acto de rescisión y ordenó la reincorporación de la actora como agente de la planta permanente en la misma situación de revista, función y remuneración que le correspondían.

Toda vez que en esta instancia se decide que el contenido del dec. 491/03 resulta irrelevante para resolver el caso, forzoso es concluir que la Cámara, ahora, y dentro del limitado marco cognoscitivo de la vía elegida, debe ponderar en definitiva si existe o no un vicio que determine la sanción de nulidad del acto de rescisión (por lesionar con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta algún derecho de la actora tutelado por el ordenamiento, conf. art. 14, CCBA) y, eventualmente, pronunciarse sobre las derivaciones que una declaración de nulidad traería aparejada en el caso concreto. En otras palabras, atento a cómo se resuelve en esta instancia superior, al reincorporar a la actora en su cargo como agente de la planta permanente, la Cámara ha incurrido en un salto interpretativo que ha quedado carente de respaldo argumental.

El art. 9º inc. ñ) de la ley 471 reconoce “la estabilidad en el empleo, en tanto se cumplan los requisitos establecidos por la presente ley para su reconocimiento y conservación”. Luego, al regular específicamente lo

atinente a la “estabilidad”, la propia ley establece como principio general en su art. 36 que “(l)os trabajadores *de la planta permanente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tienen derecho a la estabilidad* entendida como el derecho de estos a conservar el empleo hasta que se encuentren en condiciones de jubilarse, en tanto se cumplan los requisitos establecidos por la presente ley para su reconocimiento y conservación. La estabilidad no es extensible a las funciones” (el destacado es agregado). Y “(a) los efectos de la adquisición de la estabilidad deberá prestar servicios efectivos durante un período previo de 12 meses y aprobar la evaluación de desempeño a la que será sometido, o por el solo transcurso de dicho período, si al cabo del mismo el trabajador no fuera evaluado por causas imputables a la administración. Hasta que ello no ocurra, la prestación de servicios del trabajador se regirá por la modalidad laboral transitoria que en cada caso se determine” (art. 37, ley 471). Por último, los arts. 43 de la CCBA, 2°, inc. a), y 6° de la ley 471, establecen, como regla general, que se ingresa y se promociona en la carrera “por concurso público abierto”.

5. Las razones expuestas permiten establecer que la decisión recurrida no constituye la *sentencia fundada en ley* a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N. (*Fallos*, 312:246, 389, 608, 1839, entre otros). Tempranamente, la CSJN consideró que la arbitrariedad se encuentra configurada “cuando se resuelve contra o con prescindencia de lo expresamente dispuesto por la ley respecto al caso, se prescinde de pruebas fehacientes regularmente traídas a juicio o se hace remisión a las que no constan en él” (*in re*: “Domingo Carlozzi vs. Miguel Tornese Ballesteros y otros”, sentencia del 14/2/1947, *Fallos*, 207:72).

Por ello, corresponde dejar sin efecto la sentencia recurrida y disponer la remisión de las actuaciones a la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario para que se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo aquí decidido.

Así lo voto.

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

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Admitir* la queja interpuesta a fs. 58/71.

2°. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA, *anular* la sentencia impugnada y *remitir* la causa a la Sala II de la

Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario para que dicte un nuevo pronunciamiento.

3°. *Mandar* que se registre, notifique y, oportunamente, se remita copia de esta sentencia a la Sala I y el expediente principal con la queja a la Sala II.

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

XVII

“GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘GCBA C/SR. PROPIETARIO PARTIDA 1535137 S/EJECUCIÓN FISCAL’”

RECURSO DE QUEJA: Recurso de inconstitucionalidad. Admisibilidad. Caso constitucional. Ejecución fiscal. Indicación y acreditación del sujeto pasivo de la obligación tributaria. Plazo. Notificación. Reglas procesales. Debido proceso. Derecho de defensa en juicio. Sentencia equiparable a definitiva. Registro de la Propiedad Inmueble. Jurisdicción nacional. Vulneración de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires

Expte. n° 3293/04 - 30/3/2005

VISTO:

El expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Gobierno promovió la ejecución fiscal del certificado de deuda de fs. 2, autos principales. La jueza en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 7 intimó a la parte actora para que en el plazo de cinco días individualizara y acreditara el sujeto pasivo de la obligación, bajo apercibimiento de desestimar sin más trámite la presentación. Transcurrido en exceso el plazo mencionado, la jueza desestimó la demanda (fs. 5, autos principales).

El GCBA planteó contra esa decisión recurso de reposición y recursos de apelación e inconstitucionalidad en subsidio (fs. 12/13, autos principales).

La jueza rechazó todos los recursos. Al hacerlo, señaló que la decisión impugnada no es pasible de reposición (art. 212, CCAyT), que por el monto del proceso la decisión no era apelable (resol. CM-487/04) y que el recurso de inconstitucionalidad era improcedente (fs. 14, autos principales).

2. El apoderado fiscal acudió en queja ante el tribunal por considerar infundada la decisión de la jueza de primera instancia que denegó la concesión del recurso de inconstitucionalidad (fs. 7/8).

3. El señor fiscal general dictaminó por el rechazo de la queja (fs. 17/19).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad y la queja que lo defiende deben ser admitidos.

2. El estudio de las actuaciones permite advertir que en la causa se ha producido una secuencia de desaciertos, que han desvirtuado el debido proceso legal, convirtiéndolo en una cadena de actos sólo en apariencia respaldados en normas adjetivas.

En primer término, como surge del expediente principal, la jueza de primera instancia intimó al ejecutante para que indique y acredite el sujeto pasivo de la obligación, por aplicación de lo dispuesto en los arts. 269, inc. 2º, y 271 del CCAyT. Esta decisión fue notificada por ministerio de la ley.

Si bien la aplicación en el caso de esas disposiciones puede ser opinable, pues las reglas del proceso ordinario que la jueza invoca rigen *supletoriamente* las acciones especiales (véase art. 449, CCAyT), lo cierto es que, por no tratarse de una regla propia del proceso de ejecución, el tribunal debió comunicar al ejecutante que aplicaría esa norma mediante la notificación personal o por cédula de la providencia que así lo disponía. La facultad del juez de seleccionar y aplicar una regla cuyo incumplimiento traería aparejada la desestimación de la demanda debió ser ejercida resguardando el derecho de defensa de la parte ejecutante. Para garantizar esa defensa el CCAyT establece, entre las disposiciones generales aplicables a todo tipo de procesos, que las resoluciones que ordenan intimaciones o apercibimientos no establecidos *directamente* por la ley deben ser notificados personalmente o por cédula.

En segundo lugar, como lo señala el señor fiscal general, el recurrente no ha fundado adecuadamente el recurso de inconstitucionalidad y la queja.

Por último, la providencia que denegó la concesión del recurso de inconstitucionalidad se ha fundado en una afirmación dogmática al desestimar por improcedente el recurso con la mera alusión al art. 27 de la ley 402.

3. Como lo expresé en una causa anterior: “Por regla general, las sentencias dictadas en un juicio ejecutivo (...) no son definitivas, en tanto el tema objeto de debate puede ser discutido, con mayor amplitud, en otro proceso (conf. art. 457 CCaYT y CSJN en *Fallos*, 308:62)”. En esa oportunidad agregué que “en armonía con el derecho de defensa en juicio, la doctrina y la jurisprudencia extienden el concepto de sentencia definitiva no sólo a las decisiones que concluyen un pleito, es decir, que deciden sobre su objeto, sino también a aquellas que causan un agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior” (mi voto en los autos “Club Atlético River Plate Asociación Civil s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: GCBA c/Club Atlético River Plate s/ejecución fiscal”, expte. n° 2690/03, sentencia del 7/4/2004).

Es cierto que en el escrito en análisis, como lo señala el dictamen fiscal, apenas se ha esbozado el carácter definitivo de la resolución impugnada. Sin embargo, los argumentos del recurrente permiten entender que la decisión cuestionada es equiparable a definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad.

El apoderado fiscal plantea que la desestimación de la demanda decidida en primera instancia determina la imposibilidad de un juicio posterior respecto de los períodos que hubieran prescripto y, agrega, que el perjuicio es irreparable porque impide “el cobro de los tributos adeudados necesarios para cumplir con los fines que hacen a la autonomía de la Ciudad”, es decir, que afecta la percepción de la renta pública.

Por las consideraciones contenidas en el punto 2 de mi voto y las que formularé en los apartados que siguen no cabe frente a la actuación judicial que motiva el recurso, una interpretación que se atenga exclusivamente a ápices formales cuando son las formas sustanciales del procedimiento las que fueron puestas en crisis.

4. Las circunstancias de la causa demuestran que aunque las cuestiones que se deben ponderar se relacionan, principalmente, con la interpretación de reglas procesales —aspecto que, por regla general, resulta ajeno al remedio intentado— el agravio del recurrente se muestra apto para habilitar este estrado porque lo decidido pone en juego la garantía del debido proceso y el derecho de defensa en juicio, que no se satisfacen con decisiones judiciales sólo aparentemente fundadas, pues se apartan de la solución legal prevista para resolver el planteo.

El debido proceso legal y la defensa en juicio (art. 18, C.N.), afectados por la desacertada aplicación realizada por la jueza de primera instancia de las disposiciones referidas a la notificación de una intimación cuyo incumplimiento aparejaba la desestimación de la demanda, deben ser restablecidos, ahora, mediante una decisión del tribunal que ponga en quicio el trámite de la ejecución.

5. Lo expresado en los puntos precedentes no se modifica por la circunstancia que el mandatario solicitara un certificado del Registro de la Propiedad Inmueble, luego de la providencia que dispuso la intimación, pues aunque dicho certificado pudiese ser un medio idóneo para dar cumplimiento a lo exigido por la jueza (individualizar el sujeto pasivo de la obligación), nada en el expediente permite afirmar que el ejecutante hubiese tenido un conocimiento efectivo de la providencia.

La trascendencia de la decisión judicial posterior (la desestimación de la demanda) impone que el tribunal sea cauteloso al efectuar inferencias del hecho mencionado en el párrafo anterior. Lo cierto es que en el expediente de la ejecución no consta que el profesional se hubiese notificado de esa intimación.

6. Por lo expresado, voto por admitir la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia de primera instancia y disponer que la jueza interviniente continúe el trámite de la ejecución.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El recurso de queja fue interpuesto por el GCBA en forma regular y en tiempo oportuno (art. 33, ley 402) y debe prosperar. Ello es así, porque frente a la concreta impugnación mediante recurso de inconstitucionalidad formulada por el apoderado fiscal, en subsidio de los recursos de reposición y de apelación, el juez de grado se constriñó a decidir: “A tenor de lo dispuesto en el art. 27 de la ley 402 desestímase por improcedente el recurso de inconstitucionalidad en subsidio”. En tales condiciones, no existe impedimento en aclarar que los actos de los funcionarios públicos —en este caso, de los jueces profesionales y permanentes de la organización judicial— deben contener expresiones de motivos o fundamentos, razones por las cuales se elige una decisión entre aquellas posibles, y exigir que esas razones sean relativamente coherentes con el resultado o la elección de la solución, quizás en el sentido de no utilizar argumentos prohibidos y de aquello que podría llamarse la conservación de ciertos principios de la lógica común o vulgar (conf. mi voto *in re*, expte. n° 1988/02, “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegada, en: ‘Vicla S.A. c/DGR [resol. 4412-DGR/00] s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR’”, sentencia del 2/4/2003, consid. II, 2 y sus citas).

Como consecuencia de ese proceder se bloquea e impide el ejercicio del derecho de defensa y, por ende, resulta afectada la garantía del debido proceso, mediante disposiciones como la que se viene de transcribir; especialmente cuando el art. 27 de la ley 402 contiene diversos requisitos que el recurrente está obligado a cumplir para que se habilite el conocimiento de su recurso; la lacónica providencia referida impide a aquél el acabado conocimiento de cuál o de cuáles de esos recaudos entiende el tribunal *a quo* que no están satisfechos.

En virtud de lo hasta aquí expuesto es que prospera la queja y debe examinarse la pertinencia del recurso de inconstitucionalidad articulado.

2. Empero, el recurso de inconstitucionalidad interpuesto no está en condiciones de tener éxito. En efecto, la decisión de primera instancia recurrida que desestima la demanda de ejecución fiscal no configura una sentencia definitiva, en los términos del art. 27, ley 402. Esa resolución no sólo no es definitiva a los efectos del recurso, sino que tampoco puede asimilarse a tal, único supuesto en el que, para cierta doctrina, cabría equiparar una decisión interlocutoria a una sentencia definitiva; en la medida en que ella no impide que se replantee el pleito, no impide, por ende, la tramitación de un juicio posterior idéntico —arreglado a derecho—, ni causa un gravamen de imposible reparación ulterior (conf. mis votos en las causas 1888/02 “Inversora Quillén S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado” en “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Inversora Quillén S.A. s/ejecución fiscal”, sentencia del 5/3/2003, n° 2133/03 “GCBA c/Club Mediterráneo Argentina SRL s/ejecución fiscal s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, sentencia del 27/5/2003 y n° 2690/03, “Club Atlético River Plate Asoc. Civil s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en ‘GCBA c/Club Atlético River Plate s/ejecución fiscal’”, sentencia del 7/4/2004). Ello obsta a la procedencia del recurso de inconstitucionalidad articulado.

3. Asimismo, cabe destacar que, como lo demuestran las constancias de la ejecución, no existen verdaderos agravios vinculados a preceptos constitucionales esgrimidos contra el auto que desestima la ejecución fiscal de que se trata —al no cumplir tempestivamente el ejecutante con la intimación judicial de identificar al demandado—. De hecho, no existen tachas de inconstitucionalidad fundadas, cuya verificación resulta imprescindible para la procedencia del recurso, más allá de la defensa procesal (derecho común) que ensaya la quejosa. De allí que tampoco, en este aspecto, puede prosperar el recurso incoado. Admitir un temperamento contrario al expuesto convertiría a este Tribunal, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder

Judicial de la Ciudad (conf. TSJ, *in re* “Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja”, expte. n° 131/99, resolución del 23/2/2000, en *CyJ, Fallos TSJBA*, II-2000, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 20 y ss.), entre otros.

4. Resta agregar que el propio apoderado fiscal (como también lo señala en señor Procurador General adjunto en su dictamen) no sólo no arguyó que no pueda iniciar nuevamente la demanda, sino que admitió expresamente que conserva esa potestad en caso de no tener éxito con la presente acción, atento a que el modo como se resuelve no le provoca un daño concreto e irreparable. En efecto, cualquiera que sean las palabras del dispositivo, lo cierto es que el archivo dispuesto no evita la ejecución de la deuda, ni significa absolver de tal obligación al contribuyente.

En razón de lo expuesto y, en lo pertinente, de conformidad con lo dictaminado por el señor fiscal general, corresponde admitir el recurso de queja interpuesto por el GCBA y declarar inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por su apoderado fiscal.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Adhiero al sentido de los fundamentos expresados por mi colega, la jueza Alicia E. C. Ruiz, en su voto, así como a la resolución que propone.

2. Además, reitero las consideraciones que vertiera en forma conjunta con los jueces Ana María Conde y Guillermo Andrés Muñoz en una causa similar a la presente, donde se consignó que “la decisión recurrida, aun cuando no resuelve el fondo del asunto, impide replantearlo, de manera que cabe considerarla una sentencia equiparable a definitiva, a los efectos del recurso de inconstitucionalidad” (*in re*: “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en GCBA c/Nuetec S.A. s/ejecución fiscal”, expte. n° 1666/02, sentencia del 11/12/2002).

3. Más allá de la precariedad del escrito presentado, existe al menos un agravio que tiene la suficiente entidad y fundamentación para ser considerado: *el excesivo rigor formal* en que incurrieron las instancias de mérito, actitud que lesiona el derecho constitucional de defensa en juicio. En atención al incierto tenor de la situación procesal de que da cuenta esta causa —circunstancia que fue puesta de relieve por la Dra. Ruiz en el consid. n° 2 de su voto— y al encontrarse en juego la normal percepción de la renta pública, la decisión recurrida deja traslucir un rigor formal excesivo.

Cobra pleno sentido, en situaciones como la presente, el criterio sustentado por el Máximo tribunal federal en el *leading case*: “Domingo Colalillo vs. Compañía de Seguros España y Río de la Plata”, sentencia del 18/9/1957 (*Fallos*, 238:550). Allí, tras destacar que el juicio ofrecía

características singulares, la CSJN subrayó que “es propio de tales situaciones la obligación de los jueces de ponderar con mayor rigor la aplicación de los principios jurídicos pertinentes, a fin de no incurrir, con daño para la justicia, en una aplicación sólo mecánica de esos principios”. Si bien la situación de hecho en el citado precedente no guarda relación con el tema bajo estudio, vale extender para el presente caso las reflexiones del tribunal cimero cuando afirmó que el proceso (civil en aquella causa) no puede ser conducido en términos estrictamente formales, agregando a continuación que “(n)o se trata ciertamente del cumplimiento de ritos caprichosos, sino del desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad jurídica objetiva, que es su norte”.

En el precedente de este estrado materia de cita, también se estableció que “(n)o se discute que el instituto de la caducidad de instancia representa una valiosa herramienta procesal que se encuentra orientada a sancionar la inactividad de las partes en el proceso y, por consiguiente, dotar de seguridad jurídica a las relaciones entre los miembros de la comunidad, impidiendo así que la duración de los pleitos ante los estrados judiciales se dilate en el tiempo. No obstante, resulta evidente que considerar en forma aislada lo ocurrido en esta causa sin tomar en cuenta que se encuentran en la misma situación (...) un sinnúmero de ejecuciones fiscales iniciadas por el GCBA, conduciría a un resultado que no se compadece con la verdad jurídica objetiva, dado que parece poco verosímil que la Administración haya optado por renunciar en forma masiva al cobro de créditos fiscales, indisponibles y necesarios para llevar adelante la gestión del bien común que tiene a su cargo”. Estas reflexiones resultan válidas también para valorar el caso de autos.

Asimismo, cabe poner de resalto que “(l)a interpretación de las normas procesales no puede prevalecer sobre la necesidad de dar primacía a la verdad jurídica objetiva, de modo que su esclarecimiento se vea turbado por un excesivo rigor formal” (*in re*: “Belgrano 1332 S.R.L. c/Nación Argentina” —*Fallos*, 310:799, sentencia del 21/4/1987).

En igual sentido al consignado en el párrafo precedente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en una causa específicamente tributaria, ha establecido que “(e)n la medida en que su competencia lo autorice, los jueces tienen el deber de contribuir a la eliminación, o en todo caso a la aminoración de factores que dañen la normal percepción de las rentas públicas y comprender que son ‘disvaliosas’ las soluciones que involuntariamente favorecen” (*in re*: “Massalin Particulares S.A. c/Fisco nacional —Dirección General Impositiva—”, *Fallos*, 316:2922, sentencia del 9/12/1993). Es que estimo que deben tenerse presentes aquí las enseñanzas impartidas, a principios del siglo pasado, por César Ameghino,

director general de Rentas de la provincia de Buenos Aires, cuando enfatizaba: “Hay que recaudar bien los impuestos viejos si se quiere evitar los impuestos nuevos; de aquí que la mejor manera de eludir nuevas cargas sea la de exigir rigurosamente a cada uno su parte en las cargas existentes, impidiendo que recaigan sobre los buenos las porciones que dejan de ingresar los malos”; (conf. *Régimen fiscal tributario de la provincia de Buenos Aires*, capítulo I: “La recaudación”, pp. 3 y ss., Buenos Aires, 1916). Decidir desatendiendo tales directivas sería contrariar los intereses de la “comunidad de contribuyentes” y de los vecinos en general.

4. Por otro lado, a la magistratura judicial local no puede pasar inadvertida la dificultad que afronta la Dirección General de Rentas de la Ciudad de Buenos Aires para individualizar actualizadamente a todos los propietarios de inmuebles a fin de promover el cobro de las contribuciones adeudadas por Alumbrado, Barrido y Limpieza; Territorial; Pavimentos y Aceras y Fondo Permanente para la Ampliación de la Red de Subterráneos —instituida, esta última, por la ley 23.514—. Ello como consecuencia de que —a diferencia de lo que ocurre con las veintitrés provincias argentinas—, se ha retenido inexplicablemente fuera de nuestra jurisdicción, por la limitación castrante del art. 10 de la ley 24.588, el Registro de la Propiedad Inmueble local, con un palmario menoscabo a la autonomía que se le reconoce a la Ciudad de Buenos Aires, a texto expreso, por el art. 129 de la C.N.; más aún, cuando resulta manifiesto que en nada se comprometerían los intereses nacionales de procederse a una adecuada localización de tal Registro en el ente público territorial local. En estas circunstancias, esta información crítica —titularidades de dominio—, imprescindible desde el punto de vista fiscal, se hace depender de la actuación de un tercero —el Estado nacional—, en detrimento incuestionable de la celeridad de actuación y percepción ágil de una de las principales fuentes de renta pública de nuestra jurisdicción.

5. Por todo lo expuesto, corresponde admitir la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad deducido, dejar sin efecto las decisiones de las instancias anteriores referidas a la caducidad de la instancia y devolver el expediente principal para su tramitación.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

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

El sistema del Código Contencioso Administrativo local establece como principio el de la notificación *ministerio legis* y como excepción la comunicación por cédula (véase art. 117). Esta última ha sido reservada para los supuestos enunciados, básicamente, en el art. 119. Su lectura permite establecer que el legislador reservó este mecanismo ya para asegurar

el conocimiento de resoluciones relevantes en el trámite de un proceso, ya para evitar que el justiciable sea sorprendido por alguna novedad que no se ajuste a lo razonablemente esperado.

El criterio de evaluación de estas cuestiones debe estar guiado por la tutela del debido proceso; por lo que, ante la duda acerca de si el sujeto quedó o no notificado de alguno de los actos procesales mencionados en el art. 119, debe decidirse que no lo fue.

El magistrado de primera instancia dispuso una medida orientada a evitar la paralización del trámite del proceso, pero la respaldó con una intimación y apercibimiento cuya notificación por cédula no dispuso. En razón de lo expuesto, ante tal situación no cabe sino adoptar la decisión que mejor satisface el resguardo del derecho del justiciable, que es la proyectada en el voto al que adhiero.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Adhiero a la solución propuesta en el voto de la jueza de trámite.

2. Si bien lo resuelto no reviste, en principio, el carácter de sentencia definitiva exigible para la procedencia del recurso de inconstitucionalidad, se configura un supuesto de excepción cuando la cuestión debatida excede el interés individual de las partes y afecta al de la comunidad en razón de que implica un entorpecimiento evidente en la percepción de la renta pública (conf. para casos análogos, CSJN, *in re* “Fisco nacional c/Pemihual S.R.L. s/ ejecución fiscal”, sentencia del 21/10/2003).

3. El art. 119, inc. 5º, del CCAyT dispone, en lo que aquí importa, que deberán notificarse por cédula las intimaciones y apercibimientos no establecidos por ley. El *a quo* intimó a la parte actora para que, en el plazo de cinco días, individualizara al demandado bajo apercibimiento de desestimar la demanda y no concretó su notificación por cédula. Con ello, soslayó injustificadamente la regla que le venía impuesta por la norma adjetiva en desmedro del derecho de defensa de la parte actora. Es sabido que los jueces no pueden apartarse de la ley aplicable al caso sin declarar-la fundadamente inconstitucional y tal juicio no puede ser implícito. Una solución contraria comprometería el derecho de defensa de la parte que ampara su pretensión en la norma dejada de lado.

Por lo demás, el plazo de cinco días previsto en la providencia cuestionada, sin desacreditar el objetivo buscado, en definitiva, no resulta de una ponderación razonada a cerca de la influencia que tiene en el caso el hecho de que la información requerida provendrá de una repartición ajena a la jurisdicción local, el Registro Nacional de la Propiedad Inmueble.

Finalmente, ni una norma impone presumir que los escritos presentados por la parte actora, dirigidos a identificar al demandado, implican conocimiento de la intimación en cuestión, ni su contenido permite inferirlo o

aun conjeturarlo en tanto podrían considerarse actos normales de impulso del proceso cuyo desarrollo tiene como límite la perención de instancia.

En consecuencia, corresponde admitir la queja, declarar procedente el recurso de inconstitucionalidad, revocar la decisión cuestionada y devolver las actuaciones para la continuación del proceso.

Por ello, oído el señor fiscal general y por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Admitir* la queja interpuesta por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

2°. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad y revocar la decisión de primera instancia que desestimó la demanda.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique, se ponga en conocimiento del fiscal general y se devuelva el principal con la queja para que continúe el trámite de la causa.

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

XVIII

“GCBA S/QUEJA POR RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘GCBA
C/SR. PROPIETARIO PARTIDA 3065139 S/EJECUCIÓN FISCAL’”

RECURSO DE QUEJA: Recurso de inconstitucionalidad.

Admisibilidad. Caso constitucional. Ejecución fiscal. Indicación y acreditación del sujeto pasivo de la obligación tributaria.

Plazo. Notificación. Reglas procesales. Debido proceso.

Derecho de defensa en juicio. Sentencia equiparable a definitiva.

Registro de la Propiedad Inmueble. Jurisdicción nacional.

Vulneración de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires

Expte. nº 3294/04 - 30/3/2005

VISTO:

El expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Gobierno promovió la ejecución fiscal del certificado de deuda de fs. 2, autos principales. La jueza en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 7 intimó a la parte actora para que en el plazo de cinco días individualizara y acreditara el sujeto pasivo de la obligación, bajo apercibimiento de desestimar sin más trámite la presentación. Transcurrido en exceso el plazo mencionado, la jueza desestimó la demanda (fs. 7, autos principales).

El GCBA planteó contra esa decisión recurso de reposición y recursos de apelación e inconstitucionalidad en subsidio (fs. 9/10, autos principales).

La jueza rechazó todos los recursos. Al hacerlo, señaló que la decisión impugnada no es pasible de reposición (art. 212, CCAyT), que por el monto del proceso la decisión no era apelable (resol. CM-487/04) y que el recurso de inconstitucionalidad era improcedente (fs. 11, autos principales).

2. El apoderado fiscal acudió en queja ante el tribunal por considerar infundada la decisión de la jueza de primera instancia que denegó la concesión del recurso de inconstitucionalidad (fs. 8/9).

3. El señor fiscal general dictaminó por el rechazo de la queja (fs. 18/20).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad y la queja que lo defiende deben ser admitidos.

2. El estudio de las actuaciones permite advertir que en la causa se ha producido una secuencia de desaciertos, que han desvirtuado el debido proceso legal, convirtiéndolo en una cadena de actos sólo en apariencia respaldados en normas adjetivas.

En primer término, como surge del expediente principal, la jueza de primera instancia intimó al ejecutante para que indique y acredite el sujeto pasivo de la obligación, por aplicación de lo dispuesto en los arts. 269, inc. 2°, y 271 del CCAyT. Esta decisión fue notificada por ministerio de la ley.

Si bien la aplicación en el caso de esas disposiciones puede ser opinable, pues las reglas del proceso ordinario que la jueza invoca rigen *supletoriamente* las acciones especiales (véase art. 449, CCAyT), lo cierto es que, por no tratarse de una regla propia del proceso de ejecución, el tribunal debió comunicar al ejecutante que aplicaría esa norma mediante

la notificación personal o por cédula de la providencia que así lo disponía. La facultad del juez de seleccionar y aplicar una regla cuyo incumplimiento traería aparejada la desestimación de la demanda debió ser ejercida resguardando el derecho de defensa de la parte ejecutante. Para garantizar esa defensa el CCAyT establece, entre las disposiciones generales aplicables a todo tipo de procesos, que las resoluciones que ordenan intimaciones o apercibimientos no establecidos *directamente* por la ley deben ser notificados personalmente o por cédula.

En segundo lugar, como lo señala el señor fiscal general, el recurrente no ha fundado adecuadamente el recurso de inconstitucionalidad y la queja.

Por último, la providencia que denegó la concesión del recurso de inconstitucionalidad se ha fundado en una afirmación dogmática al desestimar por improcedente el recurso con la mera alusión al art. 27 de la ley 402.

3. Como lo expresé en una causa anterior “Por regla general, las sentencias dictadas en un juicio ejecutivo (...) no son definitivas, en tanto el tema objeto de debate puede ser discutido, con mayor amplitud, en otro proceso (conf. art. 457, CCAyT, y CSJN en *Fallos*, 308:62)”. En esa oportunidad agregué que “en armonía con el derecho de defensa en juicio, la doctrina y la jurisprudencia extienden el concepto de sentencia definitiva no sólo a las decisiones que concluyen un pleito, es decir, que deciden sobre su objeto, sino también a aquellas que causan un agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior” (mi voto en los autos “Club Atlético River Plate Asociación Civil s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘GCBA c/Club Atlético River Plate s/ejecución fiscal’”, expte. n° 2690/03, sentencia del 7/4/2004).

Es cierto que en el escrito en análisis, como lo señala el dictamen fiscal, apenas se ha esbozado el carácter definitivo de la resolución impugnada. Sin embargo, los argumentos del recurrente permiten entender que la decisión cuestionada es equiparable a definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad.

El apoderado fiscal plantea que la desestimación de la demanda decidida en primera instancia determina la imposibilidad de un juicio posterior respecto de los períodos que hubieran prescripto y, agrega, que el perjuicio es irreparable porque impide “el cobro de los tributos adeudados necesarios para cumplir con los fines que hacen a la autonomía de la Ciudad”, es decir, que afecta la percepción de la renta pública.

Por las consideraciones contenidas en el punto 2 de mi voto y las que formularé en los apartados que siguen no cabe frente a la actuación judicial que motiva el recurso, una interpretación que se atenga exclusiva-

mente a ápices formales cuando son las formas sustanciales del procedimiento las que fueron puestas en crisis.

4. Las circunstancias de la causa demuestran que aunque las cuestiones que se deben ponderar se relacionan, principalmente, con la interpretación de reglas procesales —aspecto que, por regla general, resulta ajeno al remedio intentado— el agravio del recurrente se muestra apto para habilitar este estrado porque lo decidido pone en juego la garantía del debido proceso y el derecho de defensa en juicio, que no se satisfacen con decisiones judiciales sólo aparentemente fundadas, pues se apartan de la solución legal prevista para resolver el planteo.

El debido proceso legal y la defensa en juicio (art. 18, C.N.), afectados por la desacertada aplicación realizada por la jueza de primera instancia de las disposiciones referidas a la notificación de una intimación cuyo incumplimiento aparejaba la desestimación de la demanda, deben ser reestablecidos, ahora, mediante una decisión del tribunal que ponga en quicio el trámite de la ejecución.

5. Lo expresado en los puntos precedentes no se modifica por el hecho que el actor presentara, luego de la intimación y antes de la providencia recurrida, un escrito en el que individualiza al accionado.

Aunque ese escrito cumple parcialmente con lo requerido por la jueza (individualizar el sujeto pasivo de la obligación), no hay ninguna constancia en el expediente que permita afirmar que el ejecutante efectuó la presentación estando en conocimiento de la intimación.

Adviértase, por una parte, que de acuerdo con el CCAyT la mera presentación de escritos no conlleva la notificación de las providencias anteriores, y que en el escrito no se hace ninguna referencia a la providencia del mes de marzo. Por último, tampoco lo actuado con posterioridad a esa presentación indica que ese conocimiento se hubiese producido, pues la providencia que reiteró la exigencia de “acreditar” al sujeto pasivo nada indicó sobre la forma de su notificación, ni consignó el apercibimiento. De tal manera que aunque se considere que esta providencia fue notificada por ministerio de la ley, su texto nada indica de plazo, apercibimientos o consecuencia del incumplimiento.

La trascendencia de la decisión judicial finalmente adoptada (la desestimación de la demanda) impone que el tribunal sea cauteloso al efectuar inferencias de los hechos mencionados en el párrafo anterior. Lo cierto es que en el expediente de la ejecución no consta que el profesional se hubiese notificado de esa intimación.

6. Por lo expresado, voto por admitir la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia de primera instancia y disponer que la jueza interviniente continúe el trámite de la ejecución.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El recurso de queja fue interpuesto por el GCBA en forma regular y en tiempo oportuno (art. 33, ley 402) y debe prosperar. Ello es así, porque frente a la concreta impugnación mediante recurso de inconstitucionalidad formulada por el apoderado fiscal, en subsidio de los recursos de reposición y de apelación, el juez de grado se constriñó a decidir: “A tenor de lo dispuesto en el art. 27 de la ley 402 desestímase por improcedente el recurso de inconstitucionalidad en subsidio”. En tales condiciones, no existe impedimento en aclarar que los actos de los funcionarios públicos —en este caso, de los jueces profesionales y permanentes de la organización judicial— deben contener expresiones de motivos o fundamentos, razones por las cuales se elige una decisión entre aquellas posibles, y exigir que esas razones sean relativamente coherentes con el resultado o la elección de la solución, quizás en el sentido de no utilizar argumentos prohibidos y de aquello que podría llamarse la conservación de ciertos principios de la lógica común o vulgar (conf. mi voto *in re*, expte. n° 1988/02 “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegada, en: ‘Viela S.A. c/DGR [resol. 4412-DGR/00] s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR’”, sentencia del 2/4/2003, consid. II, 2 y sus citas).

Como consecuencia de ese proceder se bloquea e impide el ejercicio del derecho de defensa y, por ende, resulta afectada la garantía del debido proceso, mediante disposiciones como la que se viene de transcribir; especialmente cuando el art. 27 de la ley 402 contiene diversos requisitos que el recurrente está obligado a cumplir para que se habilite el conocimiento de su recurso; la lacónica providencia referida impide a aquél el acabado conocimiento de cuál o de cuáles de esos recaudos entiende el tribunal *a quo* que no están satisfechos.

En virtud de lo hasta aquí expuesto es que prospera la queja y debe examinarse la pertinencia del recurso de inconstitucionalidad articulado.

2. Empero, el recurso de inconstitucionalidad interpuesto no está en condiciones de tener éxito. En efecto, la decisión de primera instancia recurrida que desestima la demanda de ejecución fiscal no configura una sentencia definitiva, en los términos del art. 27, ley 402. Esa resolución no sólo no es definitiva a los efectos del recurso, sino que tampoco puede asimilarse a tal, único supuesto en el que, para cierta doctrina, cabría equiparar una decisión interlocutoria a una sentencia definitiva; en la medida en que ella no impide que se replantee el pleito, no impide, por ende, la tramitación de un juicio posterior idéntico —arreglado a derecho—, ni causa un gravamen de imposible reparación ulterior (conf. mis votos en las causas 1888/02 “Inversora Quillén S.A. s/queja por recurso de inconsti-

tucionalidad denegado, en: ‘Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Inversora Quillén S.A. s/ejecución fiscal’”, sentencia del 5/3/03, n° 2133/03 “GCBA c/Club Mediterranée Argentina S.R.L. s/ejecución fiscal s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, sentencia del 27/5/03 y n° 2690/03 “Club Atlético River Plate Asoc. Civil s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘GCBA c/Club Atlético River Plate s/ejecución fiscal’”, sentencia del 7/4/2004). Ello obsta a la procedencia del recurso de inconstitucionalidad articulado.

3. Asimismo, cabe destacar que, como lo demuestran las constancias de la ejecución, no existen verdaderos agravios vinculados a preceptos constitucionales esgrimidos contra el auto que desestima la ejecución fiscal de que se trata —al no cumplir tempestivamente el ejecutante con la intimación judicial de identificar al demandado—. De hecho, no existen tachas de inconstitucionalidad fundadas, cuya verificación resulta imprescindible para la procedencia del recurso, más allá de la defensa procesal (derecho común) que ensaya la quejosa. De allí que tampoco, en este aspecto, puede prosperar el recurso incoado. *Admitir* un temperamento contrario al expuesto convertiría a este Tribunal, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad (conf. TSJ, *in re* “Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja”, expte. n° 131/99, resolución del 23/2/2000, en *CyJ, Fallos TSJBA*, II-2000, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 20 y ss.), entre otros.

4. Resta agregar que el propio apoderado fiscal (como también lo señala el señor procurador general adjunto en su dictamen) no sólo no arguyó que no pueda iniciar nuevamente la demanda, sino que admitió expresamente que conserva esa potestad en caso de no tener éxito con la presente acción, atento a que el modo como se resuelve no le provoca un daño concreto e irreparable. En efecto, cualquiera que sean las palabras del dispositivo, lo cierto es que el archivo dispuesto no evita la ejecución de la deuda, ni significa absolver de tal obligación al contribuyente.

En razón de lo expuesto y, en lo pertinente, de conformidad con lo dictaminado por el señor fiscal general, corresponde admitir el recurso de queja interpuesto por el GCBA y declarar *inadmisibile* el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por su apoderado fiscal.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Adhiero al sentido de los fundamentos expresados por mi colega, la jueza Alicia E. C. Ruiz, en su voto, así como a la resolución que propone.

2. Además, reitero las consideraciones que vertiera en forma conjunta con los jueces Ana María Conde y Guillermo Andrés Muñoz en una

causa similar a la presente, donde se consignó que “la decisión recurrida, aun cuando no resuelve el fondo del asunto, impide replantearlo, de manera que cabe considerarla una sentencia equiparable a definitiva, a los efectos del recurso de inconstitucionalidad” (*in re*: “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en GCBA c/Nuetec S.A. s/ejecución fiscal”, expte. n° 1666/02, sentencia del 11/12/2002).

3. Más allá de la precariedad del escrito presentado, existe al menos un agravio que tiene la suficiente entidad y fundamentación para ser considerado: *el excesivo rigor formal* en que incurrieron las instancias de mérito, actitud que lesiona el derecho constitucional de defensa en juicio. En atención al incierto tenor de la situación procesal de que da cuenta esta causa —circunstancia que fue puesta de relieve por la Dra. Ruiz en el consid. 2 de su voto— y al encontrarse en juego la normal percepción de la renta pública, la decisión recurrida deja traslucir un rigor formal excesivo.

Cobra pleno sentido, en situaciones como la presente, el criterio sustentado por el Máximo tribunal federal en el *leading case*: “Domingo Colalillo vs. Compañía de Seguros España y Río de la Plata”, sentencia del 18/9/1957 (*Fallos*, 238:550). Allí, tras destacar que el juicio ofrecía características singulares, la CSJN subrayó que “es propio de tales situaciones la obligación de los jueces de ponderar con mayor rigor la aplicación de los principios jurídicos pertinentes, a fin de no incurrir, con daño para la justicia, en una aplicación sólo mecánica de esos principios”. Si bien la situación de hecho en el citado precedente no guarda relación con el tema bajo estudio, vale extender para el presente caso las reflexiones del tribunal cimero cuando afirmó que el proceso (civil en aquella causa) no puede ser conducido en términos estrictamente formales, agregando a continuación que “(n)o se trata ciertamente del cumplimiento de ritos caprichosos, sino del desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad jurídica objetiva, que es su norte”.

En el precedente de este estrado materia de cita, también se estableció que “(n)o se discute que el instituto de la caducidad de instancia representa una valiosa herramienta procesal que se encuentra orientada a sancionar la inactividad de las partes en el proceso y, por consiguiente, dotar de seguridad jurídica a las relaciones entre los miembros de la comunidad, impidiendo así que la duración de los pleitos ante los estrados judiciales se dilate en el tiempo. No obstante, resulta evidente que considerar en forma aislada lo ocurrido en esta causa sin tomar en cuenta que se encuentran en la misma situación (...) un sinnúmero de ejecuciones fiscales iniciadas por el GCBA, conduciría a un resultado que no se compadece con

la verdad jurídica objetiva, dado que parece poco verosímil que la Administración haya optado por renunciar en forma masiva al cobro de créditos fiscales, indisponibles y necesarios para llevar adelante la gestión del bien común que tiene a su cargo”. Estas reflexiones resultan válidas también para valorar el caso de autos.

Asimismo, cabe poner de resalto que “(l)a interpretación de las normas procesales no puede prevalecer sobre la necesidad de dar primacía a la verdad jurídica objetiva, de modo que su esclarecimiento se vea turbado por un excesivo rigor formal” (*in re*: “Belgrano 1332 S.R.L. vs. Nación Argentina” —*Fallos*, 310:799, sentencia del 21/4/1987).

En igual sentido al consignado en el párrafo precedente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en una causa específicamente tributaria, ha establecido que “(e)n la medida en que su competencia lo autorice, los jueces tienen el deber de contribuir a la eliminación, o en todo caso a la aminoración de factores que dañen la normal percepción de las rentas públicas y comprender que son ‘disvaliosas’ las soluciones que involuntariamente favorecen” (*in re*: “Massalin Particulares S.A. c/Fisco nacional —Dirección General Impositiva”, *Fallos*, 316:2922, sentencia del 9/12/1993). Es que estimo que deben tenerse presentes aquí las enseñanzas impartidas, a principios del siglo pasado, por César Ameghino, Director General de Rentas de la Provincia de Buenos Aires, cuando enfatizaba: “Hay que recaudar bien los impuestos viejos si se quiere evitar los impuestos nuevos; de aquí que la mejor manera de eludir nuevas cargas sea la de exigir rigurosamente a cada uno su parte en las cargas existentes, impidiendo que recaigan sobre los buenos las porciones que dejan de ingresar los malos”; (conf. *Régimen fiscal tributario de la provincia de Buenos Aires*, capítulo I: “La recaudación”, pp. 3 y ss., Buenos Aires, 1916). Decidir desatendiendo tales directivas sería contrariar los intereses de la “comunidad de contribuyentes” y de los vecinos en general.

4. Por otro lado, a la magistratura judicial local no puede pasar inadvertida la dificultad que afronta la Dirección General de Rentas de la Ciudad de Buenos Aires para individualizar actualizadamente a todos los propietarios de inmuebles a fin de promover el cobro de las contribuciones adeudadas por Alumbrado, Barrido y Limpieza; Territorial; Pavimentos y Aceras y Fondo Permanente para la Ampliación de la Red de Subterráneos —instituida, esta última, por la ley 23.514—. Ello como consecuencia de que —a diferencia de lo que ocurre con las veintitrés provincias argentinas—, se ha retenido inexplicablemente fuera de nuestra jurisdicción, por la limitación castrante del art. 10 de la ley 24.588, el Registro de la Propiedad Inmueble local, con un palmario menoscabo a la autonomía

que se le reconoce a la Ciudad de Buenos Aires, a texto expreso, por el art. 129 de la C.N.; más aún, cuando resulta manifiesto que en nada se comprometerían los intereses nacionales de procederse a una adecuada localización de tal Registro en el ente público territorial local. En estas circunstancias, esta información crítica —titularidades de dominio—, imprescindible desde el punto de vista fiscal, se hace depender de la actuación de un tercero —el Estado nacional—, en detrimento incuestionable de la celeridad de actuación y percepción ágil de una de las principales fuentes de renta pública de nuestra jurisdicción.

5. Por todo lo expuesto, corresponde admitir la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad deducido, dejar sin efecto las decisiones de las instancias anteriores referidas a la caducidad de la instancia y devolver el expediente principal para su tramitación.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

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

El sistema del Código Contencioso Administrativo local establece como principio el de la notificación *ministerio legis* y como excepción la comunicación por cédula (véase art. 117). Esta última ha sido reservada para los supuestos enunciados, básicamente, en el art. 119. Su lectura permite establecer que el legislador reservó este mecanismo ya para asegurar el conocimiento de resoluciones relevantes en el trámite de un proceso, ya para evitar que el justiciable sea sorprendido por alguna novedad que no se ajuste a lo razonablemente esperado.

El criterio de evaluación de estas cuestiones debe estar guiado por la tutela del debido proceso; por lo que, ante la duda acerca de si el sujeto quedó o no notificado de alguno de los actos procesales mencionados en el art. 119, debe decidirse que no lo fue.

El magistrado de primera instancia dispuso una medida orientada a evitar la paralización del trámite del proceso, pero la respaldó con una intimación y apercibimiento cuya notificación por cédula no dispuso. En razón de lo expuesto, ante tal situación no cabe sino adoptar la decisión que mejor satisface el resguardo del derecho del justiciable, que es la proyectada en el voto al que adhiero.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Adhiero a la solución propuesta en el voto de la jueza de trámite.

2. Si bien lo resuelto no reviste, en principio, el carácter de sentencia definitiva exigible para la procedencia del recurso de inconstitucionalidad, se configura un supuesto de excepción cuando la cuestión debatida excede el interés individual de las partes y afecta al de la comunidad en

razón de que implica un entorpecimiento evidente en la percepción de la renta pública (conf. para casos análogos, CSJN, *in re* “Fisco nacional c/Pemihual S.R.L. s/ ejecución fiscal”, sentencia del 21/10/2003).

3. El art. 119, inc. 5º, del CCAyT dispone, en lo que aquí importa, que deberán notificarse por cédula las intimaciones y apercibimientos no establecidos por ley. El *a quo* intimó a la parte actora para que, en el plazo de cinco días, individualizara al demandado bajo apercibimiento de desestimar la demanda y no concretó su notificación por cédula. Con ello, soslayó injustificadamente la regla que le venía impuesta por la norma adjetiva en desmedro del derecho de defensa de la parte actora. Es sabido que los jueces no pueden apartarse de la ley aplicable al caso sin declararla fundadamente inconstitucional y tal juicio no puede ser implícito. Una solución contraria comprometería el derecho de defensa de la parte que ampara su pretensión en la norma dejada de lado.

Por lo demás, el plazo de cinco días previsto en la providencia cuestionada, sin desacreditar el objetivo buscado, en definitiva, no resulta de una ponderación razonada a cerca de la influencia que tiene en el caso el hecho de que la información requerida provendrá de una repartición ajena a la jurisdicción local, el Registro Nacional de la Propiedad Inmueble.

Finalmente, ni una norma impone presumir que los escritos presentados por la parte actora, dirigidos a identificar al demandado, implican conocimiento de la intimación en cuestión, ni su contenido permite inferirlo o aun conjeturarlo en tanto podrían considerarse actos normales de impulso del proceso cuyo desarrollo tiene como límite la perención de instancia.

En consecuencia, corresponde admitir la queja, declarar procedente el recurso de inconstitucionalidad, revocar la decisión cuestionada y devolver las actuaciones para la continuación del proceso.

Por ello, oído el señor fiscal general y por mayoría,
El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Admitir* la queja interpuesta a fs. 8/9.

2º. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad, *revocar* la decisión de fs. 11, autos principales.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique, se ponga en conocimiento del fiscal general y se devuelva el principal con la queja para que continúe el trámite de la causa.

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

XIX

**“ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC)
C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA
DE INCONSTITUCIONALIDAD”**

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD:

Admisibilidad. Control judicial. Docencia. Ingreso. Nacionalidad. Ciudadanía. Extranjeros. Derechos civiles. Deber del Estado. Inversión de la carga de la prueba. Principio de no discriminación. Diferencias de trato. Principio de igualdad. Idoneidad. Establecimientos públicos. Educación superior. Derecho de trabajar y de enseñar. Empleo público. Reglamentación. Razonabilidad

Expte nº 3103/04 - 31/3/2005**VISTOS:**

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Sr. Alejandro Carrió, en su carácter de presidente de la Asociación por los Derechos Civiles, mediante el escrito de fs. 19/34, promueve acción declarativa de inconstitucionalidad contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con el objeto de que se “declare la inconstitucionalidad y la pérdida de vigencia del art. 1º, inc. a) de la ley 668, modificatorio (del art. 14, inc. a)) de la ordenanza 40.593, dictado por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”. Alega que es violatorio del “principio de igualdad ante la ley y el derecho a no ser discriminado por razones de nacionalidad” por establecer como requisito para ingresar a la docencia el ser argentino, y porque sólo dispone la admisión excepcional de extranjeros en el Área de Educación Superior cuando “razones de idoneidad así lo requieran” (fs. 19 y 20). Funda su petición en los arts. 20 y 16 de la C.N., y 11 de la CCBA.

2. La Procuración General, contesta a fs. 55/63 y sostiene que la norma cuestionada tiene por finalidad “prever de manera adecuada que las características propias de sociedades multiculturales, multirraciales y multiétnicas como lo son las sociedades en que nos toca vivir en un mundo globalizado, puedan obstar a la construcción en nuestros niños y niñas de una identidad propia como argentinos” (fs. 61).

3. El señor fiscal general, en su dictamen de fs. 65/70 opina, por una parte, que la demanda reúne los elementos que son exigidos para su ad-

misibilidad formal (conf. arts. 17, 18 y 19, ley 402). Por la otra, y con relación al fondo de la cuestión, propicia la inconstitucionalidad “del art. 14.a de la ordenanza 40.593 (modif. por la ley 668), en cuanto exige que para ingresar a la carrera docente el aspirante debe ser argentino” (fs. 70).

4. El día 26/10/2004, a las 12 hs., las partes comparecen a la audiencia convocada de conformidad con lo prescripto por el art. 6º de la ley 402.

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Se impugna la validez constitucional del art. 1, inc. a) de la ley 668, (modif. de la ordenanza 40.593) en virtud de lo establecido por los arts. 20 y 16 de la C.N. y 11 de la CCBA.

La norma cuestionada impone como condición para ingresar a la docencia el ser argentino nativo, por opción o naturalizado. Las personas extranjeras sólo pueden ingresar al área de Educación Superior, siempre y cuando razones de idoneidad así lo requieran.

2. La C.N. en su art. 20 establece que “[l]os extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias”. A su vez el art. 16 dispone que todos los habitantes de la Nación Argentina son iguales ante la ley.

Finalmente, el art. 11 de la CCBA 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 o menoscabo”. Asimismo obliga a la Ciudad a promover “...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”.

3. La cuestión a dilucidar es cuál es el alcance de la prohibición de discriminación ínsita en el art. 16 de la C.N. y en el art. 11 de la CCBA, a la luz de los derechos expresamente reconocidos a los extranjeros en el art. 20 de la C.N. En otras palabras, ¿la norma cuestionada es producto del

ejercicio legítimo de 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 sus objetivos? ¿O, por el contrario, se trata de una distinción inconstitucional por responder a prejuicios o estereotipos que tienen por fin excluir del ejercicio legítimo de sus derechos a un colectivo de personas?

4. En esta acción, la actora ha denunciado en la normativa local el empleo de una de las clasificaciones “sospechosas” (fs. 27).

Tal como sostuve con anterioridad en “Salgado, Graciela Beatriz c/CGBA s/ADI” (CyJ, Fallos TSJBA, III-2001, p. 709) es el Estado quien debe demostrar que la distinción consagrada legislativamente no es una de aquellas que la doctrina ha calificado como sospechosa. Desde el punto de vista del control judicial de constitucionalidad, esta presunción de ilegitimidad se traduce en dos técnicas procedimentales: la inversión de la carga justificatoria, y el sometimiento de esa justificación a un estándar de escrutinio judicial elevado. La inversión de la carga justificatoria pone en cabeza del Estado la fundamentación de la medida una vez acreditado, por quien impugna la norma, el empleo de una distinción sustentada en una clasificación sospechosa. La sospecha de discriminación escondida detrás del uso de ciertas clasificaciones, amplía el ámbito de la protección antidiscriminatoria, y obliga a los poderes políticos a ser más cuidadosos en la selección de los factores de distinción empleados en los textos normativos.

De modo que en este proceso, el Estado debió explicitar las razones concretas por las cuales acudió a la clasificación cuestionada para establecer la distinción que se objeta. A falta de demostración suficiente por parte del Estado, la presunción de ilegitimidad queda confirmada y la norma no supera el examen de constitucionalidad.

5. El Estado local no logró a lo largo del proceso, justificar el empleo de la clasificación entre nacionales y extranjeros para efectuar una distinción de trato que excluye a este último grupo de personas de la posibilidad de ingresar a la carrera docente. En la presentación del fs. 55 y ss., la Procuración General sostiene en defensa del art. 1º de la ley 668 que “no toda distinción introducida en las normas, cualquiera sea el carácter de estas últimas, constitucional, legal o reglamentario, las torna, en razón de tal distinción, ilegítimas u arbitrarias. Sólo estaríamos en presencia de ese supuesto, si las condiciones impuestas lo fueran para algunos y no para todos de un grupo de iguales. La distinción que la norma impugnada expresa, discrimina objetivamente entre nacionales por nacimiento o naturalizados y extranjeros. No discrimina entre distintos tipos de extranjeros, discrimina entre

nacionales y extranjeros y encuentra su fundamento en la naturaleza y responsabilidad de la función a desempeñar” (fs. 57 vta.).

Esta argumentación no logra superar el estándar de escrutinio al que aludí en el párrafo precedente, por las razones que daré a continuación.

6. La primera está referida a la forma en que debe ser conceptualizada la discriminación. A juicio de la demandada, la misma sólo se configuraría cuando distinguimos entre un “grupo de iguales” a los que define como los extranjeros entre sí y los nacionales entre sí, respectivamente.

Da por supuesto entonces que los criterios valorativos que instituyen a un conjunto de personas como iguales se derivan de la propia norma cuestionada y que estos son correctos, auto evidentes y/o naturales. Sin embargo, el parámetro para distinguir si una norma es contraria a la igualdad o no, lógicamente no puede ser la propia norma sometida a escrutinio constitucional.

En la cuestión que nos ocupa el criterio está establecido de forma prístina en los arts. 16 y 20 de la C.N., en el art. 11 de la CCBA ya citados, en sentido concordante con lo prescripto por los arts. 7º y 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; los arts. 24 y 29 inc. a) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el art. 2º, inc. 2º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y los arts. 2º, 3º, 5º y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Respecto de este último es dable destacar que en la observación general 18, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sostuvo que en “virtud del art. 26 todas las personas no solamente son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección de la ley, sino que también se prohíbe cualquier discriminación en virtud de la ley”. A juicio del Comité “el art. 26 no se limita a reiterar la garantía ya prevista en el art. 2º sino que establece un derecho autónomo. Prohíbe la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas. Por lo tanto, el art. 26 se refiere a las obligaciones que se imponen a los Estados Partes en lo que respecta a sus leyes y la aplicación de sus leyes. Por consiguiente, *al aprobar una ley, un Estado Parte debe velar por que se cumpla el requisito establecido en el art. 26 de que el contenido de dicha ley no sea discriminatorio*” (el destacado me corresponde).

7. En segundo lugar, la forma en que la demandada define la igualdad, es decir como aquella que no distingue entre un colectivo de personas previamente calificadas como iguales a partir de un parámetro preestablecido e incuestionado, es similar al sostenido por quienes estaban a favor de la segregación racial en los Estados Unidos, y que fue rechaza-

do por la Corte Suprema de ese país en el célebre caso “Brown vs. Board of Education”.

A la luz del art. 11 de la CCBA tal interpretación es expresamente prohibida por el art. 11 de la CCBA porque establece una discriminación que tiende a la segregación.

8. El argumento desarrollado por la señora procuradora al momento de la audiencia, y según el cual la norma no es discriminatoria porque el trámite de naturalización es muy simple, tampoco es admisible. En primer lugar, porque va en contra del art. 20 de la C.N. según el cual los extranjeros “[n]o están obligados a admitir la ciudadanía”, y en segundo lugar porque el ejercicio de un derecho constitucional no puede ser entendido en desmedro del goce de otros derechos constitucionalmente reconocidos.

9. Por último, es relevante a los fines de este proceso tomar en cuenta que en la Ciudad de Buenos Aires, los extranjeros gozan de derechos políticos desde mucho antes de la reforma de la Constitución Nacional de 1994 y de la sanción de la CCBA. En ese marco, la arbitrariedad de la privación de un derecho civil es aún más evidente.

10. En virtud de que las razones que sirvieron de fundamento a la postura del Gobierno de la Ciudad, no pudieron demostrar que para alcanzar el fin propuesto la opción normativa elegida fuera ajustada a los parámetros constitucionales, voto por la declaración de inconstitucionalidad del art. 1º de la ley 668 (modif. del art. 14, inc. a), de la ordenanza 40.593).

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

I. ¿Es inconstitucional la norma impugnada? Ésta resulta ser la pregunta de fondo y corresponde señalar que el TSJ ya tuvo oportunidad de expedirse doblemente respecto de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de dos artículos del mismo Estatuto cuya primera disposición se ataca parcialmente en autos (los arts. 14, inc. e) y 81 de la ordenanza 40.593 —Estatuto del Docente Municipal—, posteriormente modificada por la ley 668).

El art. 1º de la ley 668 (modif. del art. 14, inc. a), de la ordenanza 40.593) es puesto en crisis en el *sub examine* por razones análogas a las esgrimidas en los pronunciamientos anteriores, esto es, sobre la base de que la norma atacada sustenta un trato discriminatorio de un grupo de personas que aspiran a ingresar o reingresar a la docencia en la Ciudad de Buenos Aires (conf. expte. n° 482/00, “Sandez, Carlos Armando”, en *CyJ, Fallos TSJBA II-2000, Ad-Hoc*, Buenos Aires, pp. 417 y ss., sentencia del 29/11/2000 y expte. n° 826/01, “Salgado, Graciela Beatriz c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, en *CyJ, Fallos TSJBA, III-2001*,

pp. 688 y ss., resolución del 21/11/2001). Tanto en “Sandez” como en “Salgado”, este Tribunal decidió invalidar las normas impugnadas al acoger el agravio de los respectivos actores, referido al trato discriminatorio —fundado en la edad— que dichas normas imponían sobre un grupo de personas.

En esta oportunidad, la actora invoca un factor distinto de discriminación al fundamentar su tacha respecto del art. 1º de la ley 668: la exigencia de nacionalidad (argentina) para el ingreso o reingreso a la carrera docente en la Ciudad de Buenos Aires.

En cualquier caso, lo que se halla en la base de las tres causas es, esencialmente, una cuestión atinente a la regla de la idoneidad (art. 16, C.N.), puesto que cada una de las disposiciones del Estatuto del Docente que este Tribunal invalidó, y la que se encuentra actualmente en consideración, no aparecen *prima facie* fundadas en criterios relativos a la idoneidad educativa o pedagógica, entendida como una exigencia constitucional del resguardo de la garantía de la igualdad y del derecho a trabajar.

2. Como correctamente lo señala en su voto mi colega, la señora jueza de trámite, Alicia E. C. Ruiz, la primera cuestión que se plantea es de índole hermenéutico (consid. 3), puesto que debe determinarse el alcance que corresponde conceder a la prohibición de discriminación ínsita en el art. 16 de la C.N. y en el art. 11 de la CCBA, a la luz de los derechos expresamente reconocidos a los extranjeros en el art. 20 de la C.N. En efecto, el art. 11 de la CCBA establece, en su párr. 2º, que: “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 o menoscabo” (énfasis suplementado).

Al decidir en la causa “Salgado”, consideré que, como en este caso, la cuestión a dilucidar consistía en definir cuál era el alcance que este Tribunal le asignaría a la prohibición de discriminación por razones o con pretexto de edad (o, ahora, de nacionalidad), y que la aproximación interpretativa ante este factor concreto debía ser congruente con la asignada al resto de los factores cuyo empleo discriminatorio queda vedado por la norma. Esta exigencia, sostuve entonces, conduce necesariamente a explicar el sentido de la enumeración hecha por el constituyente (conf. “Salgado”, mi voto, consids. 3 a 5, a los que remito *brevitatis causae*). No obstante, se impone enunciar, una vez más, que tal enumeración es ajena a la tradición del constitucionalismo liberal clásico y, a su vez, típica del

constitucionalismo contemporáneo, que ha recibido la influencia de la codificación en sede internacional de tratados de derechos humanos. “En este sentido, puede confrontarse la ausencia de toda enumeración concreta de factores prohibidos de discriminación en el art. 16 de la C.N., con la existencia de listados similares en los arts. 2.2 del PIDESC, y 2.1 del PIDCP, convenciones ambas que ostentan jerarquía constitucional a partir de la reforma de la Constitución Nacional acaecida en 1994” (“Salgado”, mi voto, consid. 3).

3. ¿Cuál es, pues, la noción fundamental que explica la inclusión de factores específicos de discriminación en las codificaciones contemporáneas? Se trata, como es sabido, de la idea misma de “clasificaciones sospechosas”, proveniente de la jurisprudencia constitucional estadounidense. Si bien, en principio, los poderes políticos tienen facultades para trazar distinciones legales entre categorías de personas cuando ello resulta conveniente a fin de llevar adelante objetivos legales legítimos —presumiéndose la constitucionalidad de la norma sancionada de conformidad con las formas prescriptas para ello—, en algunos casos el recurso del legislador a ciertos factores de distinción puede responder a prejuicios y estereotipos que tienen por efecto excluir a categorías enteras de personas del legítimo ejercicio de un derecho. Casos típicos de esta categorización espuria son los de raza y religión y, en épocas más recientes, los de género y discapacidad.

La cuestión debe encararse, como correctamente propuso la actora en su demanda (fs. 27/29 vta.) y en la audiencia celebrada el día 10/11/2004, desde la perspectiva de las “categorías sospechosas”. La inclusión de alguna de tales categorías, como este Tribunal sostuvo, entre otras causas, en “Salgado”, produce tres efectos fundamentales:

- a) suspende la presunción de constitucionalidad de las leyes;
- b) opera la inversión de la carga justificatoria, por lo cual es el Estado el que debe demostrar que la distinción consagrada legislativamente, no obstante ser una de aquellas que la doctrina ha calificado como sospechosa, está justificada;
- c) también opera el sometimiento de esa justificación a un estándar de escrutinio judicial estricto.

Estos efectos, sobre los que haré ciertas consideraciones en este punto, redundan en la suspensión de la presunción —fuerte aunque vencible— de constitucionalidad de que gozan las normas y en la necesidad, por parte del Estado, de alegar razones contundentes, por no decir insuperables, para preservar el estatus constitucional que, como expresé, ha dejado de presumirse. Considero incorrecto caracterizar al escrutinio estricto como

un “método”, concepto que sugiere un procedimiento suficientemente pautado y rígido. Antes bien, entiendo al escrutinio estricto como una reacción del sistema de pesos y contrapesos que tiene lugar toda vez que una norma incorpora, por ejemplo y como en este caso, una categoría sospechosa en su enunciado. Este test significa que los jueces no habrán de deferir la decisión a otros poderes del Estado, sino que determinarán independientemente el vínculo que la clasificación mantiene con una finalidad constitucional, presumiblemente imperiosa. Bajo este test de escrutinio estricto, el tribunal no aceptará cualquier propósito gubernamental que pudiera reputarse (al menos) jurídicamente permisible como suficiente para sustentar una clasificación sospechosa, sino que requerirá que el gobierno demuestre que está procurando el logro de una finalidad que, en el mejor de los casos, deberá ser altamente persuasiva y, en el más exigente, primordial; esto es, un resultado cuyo valor sea tan significativo que justifique la limitación de derechos (y principios) constitucionales también fundamentales.

Aun si el gobierno puede demostrar tal finalidad, el tribunal no sustentará la clasificación a menos que los jueces hayan llegado independientemente a la conclusión de que la clasificación es necesaria para promover ese interés superlativo. Aunque el test puede no ostentar un grado de exigencia tal que imponga la *absoluta necesidad* del fin cuya consecución persigue la norma, los magistrados deberán exigir que el gobierno demuestre una relación sumamente estrecha entre la calificación sospechada y la promoción del interés (imperativo o primordial) perseguido. Si los magistrados son de la opinión de que la clasificación no necesita ser empleada para lograr dicha finalidad, entonces impugnarán la ley por violar el derecho a la igualdad. De esta tesitura dan cuenta los pronunciamientos del TSJ en las dos causas que, como antecedentes del *sub examine*, se mencionan en el primer considerando de este voto.

Un tribunal sólo aplicará el estándar del escrutinio estricto para ejercer el control de la legitimidad de las clasificaciones, cuando éstas estén basadas en un rasgo que en sí mismo aparezca contraviniendo principios constitucionales establecidos, de modo que cualquier uso de la clasificación pueda considerarse “sospechoso”. La apelación a un “interés estatal urgente e insoslayable”, o a “una justificación extraordinaria y precisa” (y su demostración razonable), constituyen ejemplos de una superación exitosa del test del escrutinio elevado al que vengo aludiendo, por oposición, por ejemplo, a un mero recitado de fines, propósitos o intereses, por enfático que el recitado resulte.

4. En sentido concordante con lo expuesto, a fin de facilitar la impugnación de distinciones ilegítimas realizadas por el legislador o por el

poder reglamentador, el constituyente de la CABA ha establecido una lista de clasificaciones sospechosas de ocultar motivos de distinción incompatibles con el principio de no discriminación. A falta de demostración suficiente por parte del Estado, la presunción de ilegitimidad queda confirmada y la norma portadora del criterio de distinción no supera el examen de constitucionalidad.

Como sostuve en “Salgado”, “[e]l estándar probatorio que debe cumplir el Estado para justificar la norma es, además, un estándar más elevado que el de mera racionalidad. El Estado debe probar que el empleo de la clasificación sospechosa es estrictamente necesario para el cumplimiento de un fin legítimo. No basta, entonces, con señalar la licitud del fin a alcanzar, sino que el Estado debe justificar por qué era necesario acudir a una distinción fundada en una clasificación sospechosa para cumplir esos fines. No se trata, sin embargo, de una carga imposible de cumplir para el Estado. Basta señalar, por ejemplo, que un motivo legítimo de uso de clasificaciones ‘sospechosas’ para efectuar un distingo legal es, justamente, el de remover ‘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’ (conf. art. 11, CCBA, párr. 3º). Queda plenamente justificado, así, un trato distinto impuesto legalmente para favorecer la inserción social de un grupo considerado vulnerable o históricamente excluido o disminuido en su participación en la vida de la comunidad —v. gr., la imposición de un cupo obligatorio de empleo para personas con necesidades especiales, art. 43, CCBA, la ‘promoción del acceso a los servicios públicos para las (personas) que tienen menos posibilidades’, art. 17, CCBA, o las ‘acciones positivas’ que permitan ‘la igualdad real de oportunidades y trato entre varones y mujeres en el acceso y goce de todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales’, art. 36, CCBA”.

5. Examinaré a continuación el segundo aspecto que se presenta al considerar las llamadas “categorías sospechosas”, esto es, el referido a *la razonabilidad* de los fines perseguidos por la norma impugnada (rasgo que, lógicamente, también se presume, siguiendo el orden lexicográfico imperante entre “razonabilidad” y “constitucionalidad”), así como la adecuación de los medios para su consecución.

Reabrir extensamente este complejo capítulo sería sobreabundante y probablemente hiperbólico en el *sub examine*, dada la profusa jurisprudencia de este Tribunal en la materia (conf., v. gr., voto de la señora jueza Ana María Conde, los jueces José O. Casás, Guillermo A. Muñoz y mío propio en “Sandez, Carlos Armando c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo s/recurso de queja por denegación de recurso de incons-

titucionalidad”, ya citado, consids. 3, 6 y 7; este Tribunal, mi voto *in re* “Salgado, Graciela Beatriz c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, igualmente referido con anterioridad, consids. 2, 4, 5, 6 y 8; más próximo al momento actual: este Tribunal, mi voto *in re* “Highton, Federico Roberto c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 3134/04, resolución del 8/7/2004, consid. 2). En consecuencia, me limitaré a agregar algunas matizaciones respecto de aquellos casos.

La fuerte presunción de invalidez que genera sobre la norma en crisis la distinción entre nacionales y extranjeros para el ejercicio de derechos fundamentales, obliga a la Legislatura local a identificar, y acreditar la configuración, de razones objetivas o de “interés general urgente o insoslayable” que, como fuera mencionado, es menester probar para tenerla por justificada.

¿Cuál es dicho interés, frente al supuesto de la norma contenida en el art. 1° de la ley 668, modificatorio (del art. 14, inc. a)) de la ordenanza 40.593, dictado por la Legislatura de la CABA? Más precisamente: ¿cuáles son las razones de orden grave e insoslayable que satisfacen los extremos del “escrutinio estricto” al que me refiriera en el punto 2 de mi voto? Tras estudiar atentamente lo alegado al respecto por la demandada, un intérprete razonable sólo identificará enunciados profundamente insatisfactorios, mucho más próximos al orden de las excusas que al de las razones. En efecto, las participaciones de *algunos* de los señores legisladores de la Ciudad en la 29ª Sesión Ordinaria del 8/11/2001, ocasión en que tuvo lugar el debate parlamentario de la ley 668, permiten concluir que la Legislatura parece haber creído ofrecer la requerida “justificación fuerte” a través de una falacia elemental: la falacia de la composición.

Efectivamente, en dicha oportunidad el legislador local procuró justificar la distinción introducida por la norma impugnada, al sostener que “...dentro del esquema establecido por el ordenamiento positivo, resulta irrazonable e intrusivo exigir un comportamiento enraizado en las convicciones más íntimas del ser humano ‘a quien por no ser argentino, habilita palmariamente *una presunción en contra* de la posesión de las mismas en su carácter de foráneo’” (énfasis suplementado). Asimismo, se afirmó, en pretendida justificación de la excepción que la norma en crisis contempla respecto del “área de Educación Superior”, que “recaendo en la funcionalidad del Área de Educación Superior, encomendada a la instrucción de quienes pueden tenerse por ya con un avanzado grado de formación en la temática en cuestión, el mayor peso de las singularidades” (conf. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Legislatura, Acta de la 29ª Sesión Ordinaria, 8/11/2001, versión taquigráfica 49, p. 106).

Esta pretendida fundamentación no sólo es pobre y confusa, sino que, al igual que el texto de la norma impugnada, resulta (como destaca la parte actora a fs. 26), “una típica generalización estereotipada (*sic*) y discriminatoria de los extranjeros, en tanto se les atribuye en forma genérica y especulativa, la capacidad de ‘contaminar’ las mentes de los alumnos de las áreas de educación distintas a (*sic*) la superior, lo cual resulta claramente inadmisibles a la luz de la jurisprudencia reseñada” (fs. 26).

6. Más grave y oscuro se torna el intento de desentrañar la finalidad perseguida por el legislador local al sancionar el texto de esta norma cuando, invitado el Gobierno de la Ciudad a dar cuenta del propósito “imperativo” subyacente a la sanción de la norma en crisis, éste respondió, en la audiencia de la que ya se diera cuenta, que: *a*) el ingreso a la carrera docente impone una radicación en el país por largo tiempo; y *b*) la naturalización es “un trámite sencillo”. Lo que cabe preguntarse, afirmaba la representante del GCBA en la audiencia, es qué significa la formación de una Nación, cómo se establecen ciertos valores. “Yo no quiero regalar estos valores” (énfasis agregado), “sentimientos irracionales (*sic*, énfasis aportado) que tienen que ver con la identidad nacional”.

A partir de aquí, mi voto podrá entenderse como caritativo, en tanto no incorporará, puesto que no es menester hacerlo, un pormenorizado análisis del (posible) sentido de estos asertos manifiestamente discriminatorios. Lo que no puede dejar de advertirse es la autocontradicción en que se incurre cuando son expuestos —según le corresponde por obligación al GCBA— los propósitos “de interés superlativo” por los que la norma en crisis discrimina a los extranjeros en la materia que la ley 668 procura regular. En efecto, no se requiere demasiado para advertir el hiato en el razonamiento que se configura si se afirma, por un lado, que “resulta irrazonable e intrusivo exigir un comportamiento enraizado en las convicciones más íntimas del ser humano a quien por no ser argentino, habilita palmariamente una *presunción en contra* de la posesión de las mismas en su carácter de foráneo” y, por otro, que tal imposibilidad empírica de verse dotado de tales “íntimas convicciones” puede ser rápidamente subsanada, por un trámite absolutamente burocrático, merced a la decisión de naturalizarse argentino/a, procedimiento que, además, comporta “un trámite sencillo”. Todas estas aseveraciones, su carácter contradictorio y hasta absurdo en el intento de ocultar motivaciones discriminatorias que se presumen a menos que se brinden las plausibles explicaciones del caso, evocan en un punto los conocidos versos de Borges:

“El simulacro alzó los soñolientos/Párpados y vio formas y colores/
Que no entendió, perdidos en rumores/Y ensayo temerosos movimientos

(...) El rabí le explicaba el universo/’*Esto es mi pie; esto el tuyo; esto la sogá*’ [énfasis en el original]./Y logró, al cabo de años, que el perverso/Barriera bien o mal la sinagoga (...) Tal vez hubo un error en la grafía/O en la articulación del Sacro Nombre;/A pesar de tan alta hechicería,/No aprendió a hablar el aprendiz de hombre/(...) En la hora de angustia y de luz vaga,/En su Golem los ojos detenía./¿Quién nos dirá las cosas que sentía/Dios, al mirar a su rabino en Praga?” (BORGES, J. L.: “El Golem”, “El Otro, El Mismo”, en BORGES, Jorge Luis, *Obras Completas*, Emecé, Buenos Aires, 1974, pp. 886/7).

7. Como sostuve en “Salgado”, es necesario subrayar que el cambio del paradigma constitucional referido a la eliminación de la discriminación implica también una modificación en la forma misma de concebir la discriminación. Mientras que en el pasado se recalcaba el componente subjetivo dañoso (los “fines de ilegítima persecución”), la actual doctrina antidiscriminatoria pone énfasis —más que en aquel componente subjetivo— en el efecto objetivo de excluir a cierto grupo del goce de un derecho o del acceso a un beneficio. Por supuesto, atento a sus efectos, los casos de discriminación persecutoria o explícita quedan también comprendidos en este segundo enfoque, pero —dado que la expresión de motivaciones subjetivas persecutorias o discriminatorias es un fenómeno asaz extraordinario en la legislación— una aproximación objetiva, a partir de la “sospecha” de discriminación escondida detrás del uso de ciertas clasificaciones, amplía el ámbito de la protección antidiscriminatoria y obliga a los poderes políticos a ser más cuidadosos en la selección de los factores de distinción empleados en los textos normativos.

8. En esta inteligencia, y aunque la jurisprudencia de la CSJN en el orden de las clasificaciones sospechosas, específicamente en punto a la categoría de “extranjeros”, haya exhibido, en general, cierto carácter restrictivo en el contralor de desigualdades legislativas y administrativas, graduales desarrollos (que no fueron lineales, ciertamente) permitieron derivar en el decisivo precedente sentado en la causa “Repetto, Inés M. c/provincia de Buenos Aires s/inconstitucionalidad de normas legales” (*Fallos*, 311:2272, LL, 1989-B, p. 351). En la causa mencionada, la CSJN reconoció la *equiparación absoluta entre nacionales y extranjeros* en lo que concierne al goce de derechos (civiles o de otra naturaleza). Los magistrados expresaron: “Es de la competencia originaria de la Corte la demanda contra la provincia de Buenos Aires, cuya finalidad es que se declare la inconstitucionalidad del art. 5º, inc. a) del Reglamento General de Escuelas Privadas de esa provincia, vigente por resolución 2877 (ex Ministerio de Educación) del 17/7/1959 (...) como asimismo del art. 4º, inc.

a) del dec. 4 del 4/1/1980 [posteriormente declarados inválidos e inconstitucionales en el mismo pronunciamiento], que imponen el requisito de la nacionalidad argentina, nativa o adquirida por vía de opción o naturalización, para ejercer la docencia en carácter de titular o suplente en la actividad privada, sistemática o asistemática” (...) “En cuanto al ejercicio de los derechos civiles, y *especialmente al desempeño de sus profesiones*, dentro de la República *los extranjeros están totalmente equiparados a los argentinos por expresa prescripción constitucional* [las bastardillas son propias], de donde toda norma que establezca discriminaciones entre aquéllos y éstos en tales aspectos, estaría en pugna con el art. 20 de la Constitución”; y, en relación estrechísima con el caso bajo estudio: “Si se prohibiese a los extranjeros el ejercicio del derecho de enseñar —no sólo en el ámbito de la educación estatal sino también en el de la privada— ese derecho, o el ejercicio de la profesión de maestro, les estará totalmente vedado, lo que implicaría privar de todo efecto al art. 20 de la Constitución en cuanto les asegura los mismos derechos civiles que a los argentinos y, en el caso, el ejercicio de la profesión de maestra con título reconocido por la autoridad competente”.

9. Si se traslada aquello hasta aquí expuesto al caso bajo examen, advertimos que:

- a) la actora ha demostrado cabalmente el empleo por parte de la legislación local de una de las “clasificaciones sospechosas” señaladas por el art. 11 de la CCBA, en el caso, la nacionalidad;
- b) el Estado, a su turno, no ha logrado justificar la necesidad del empleo de esta clasificación para efectuar una distinción de trato que, en este caso, excluye a un grupo de personas —los extranjeros— de la posibilidad de ingresar o reingresar a la docencia, excepto
 - i) en el área de educación superior y
 - ii) en el supuesto de que “razones de idoneidad así lo requieran, debiéndose fundamentar tal circunstancia en el acto de designación” (ley 668, art. 1º) en cuyo caso el aspirante deberá acreditar otros cuatro extremos —aquí no reproducidos—, exigidos por la norma en crisis.
- c) las razones alegadas por el Estado, excesivamente genéricas a veces, implausibles otras (que, incluso, agravan el carácter arbitrariamente discriminatorio de la norma impugnada), no logran demostrar que la distinción resulte necesaria, tan siquiera adecuada, para alcanzar un fin legítimo. Vagamente se esgrimen razones vinculadas con una supuesta “incapacidad de absorción de

elementos axiológicos” por parte de los extranjeros, los cuales hacen a una idiosincrasia nacional, transmitida sólo por quienes están imbuidos de tales elementos telúricos, imprescindibles para enseñar, por caso, un teorema matemático. ¿Cuál es la relación entre estas especulaciones, que contrarían al menos tres normas constitucionales de nuestro país e incontables disposiciones internacionales que obligan a nuestro Estado, por un lado, y la exigencia de idoneidad pedagógica, que debería ser el tema excluyente de debate entre la actora y el Gobierno local, por otro?

De igual modo, el propio régimen jurídico de la función docente descalifica el empleo del supuesto “argumento de la idiosincrasia”. En efecto, de acuerdo con el régimen vigente, las funciones para las cuales se les impide concursar a los extranjeros para cargos en la crucial función docente, por considerárselos, por así decir, “biográficamente inhábiles”, son ejecutadas por personas que concursaron, claro está, sin tener que dar cuenta de su sostenida convicción íntima en tanto “ser argentino” (aunque, qué duda cabe, los ingresantes habrán tenido que dar cuenta de su profundo conocimiento de *El Inglés de los güesos* tanto como de la obra de Goethe o de Henry James, o de algoritmia, o de física orgánica e inorgánica, o de la diferencia entre un mero enunciado y una proposición, o de elemental lógica formal, o de los fundamentos en que se asienta un régimen democrático, y así siguiendo). A través de estos ejemplos, una vez más, como en las causas “Sandez” y “Salgado”, puede advertirse claramente que el argumento de la necesidad de ser argentino ni siquiera puede sostenerse a la luz del régimen jurídico vigente.

10. Finalmente, corresponde detenerse en el mandato del párr. 3º del art. 11 de la CCBA, de acuerdo con el cual: “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”.

Entre las autoridades de la Ciudad destinadas a cumplir este mandato está el Poder Judicial, a través de medios tales como el control judicial de constitucionalidad. Entre los obstáculos “de cualquier orden” están, vale recordarlo, los obstáculos legales. La declaración de inconstitucionalidad de la norma impugnada no hace más que remover un obstáculo por demás ilegítimo que, al limitar la igualdad y la libertad, impide el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, cultural, económica o social de la comunidad, y evita la demostración concreta de sus capacidades en una carrera de corte netamente *universalista*, como es la carrera docente, a través de una exclusión genérica e infundada.

11. Por los fundamentos hasta aquí expuestos, voto por el siguiente dispositivo: 1. Hacer lugar a la acción directa de inconstitucionalidad interpuesta por la parte actora. 2. Declarar inconstitucional el art. 1 de la ley 668. 3. *Imponer* las costas en el orden causado (art. 25, ley 402). 4. *Mandar* se registre, se notifique a las partes y al fiscal general, y se publique en el *Boletín Oficial de la Ciudad*.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. La accionante cuestiona la validez constitucional de la exigencia de nacionalidad argentina que el *Estatuto del Docente* (ordenanza n° 40.593) impone como regla general para ingresar a la carrera docente en escuelas dependientes del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El art. 14 a) del Estatuto mencionado dispone: “(p)ara ingresar a la docencia, son condiciones generales y concurrentes: *ser argentino nativo, por opción o naturalizado*. En estos dos últimos casos dominar el idioma castellano. *En el Área de Educación Superior, podrán admitirse extranjeros cuando razones de idoneidad así lo requieran, debiéndose fundamentar tal circunstancia en el acto de designación*. En este caso el aspirante deberá acreditar: 1. la existencia de título suficiente que lo habilite para el ejercicio de la actividad de que se trate; 2. el cumplimiento de los requisitos previstos por la Ley Nacional de Migraciones para su residencia en el país; 3. la autorización de la Dirección General de Migraciones para prestar servicios remunerados; 4. A los efectos de esta ley, podrán ser equiparados a los argentinos nativos los hijos de por lo menos un progenitor argentino nativo, que circunstancialmente hubieran nacido en el exterior por motivos del exilio o radicación temporaria de su familia, y tuvieran pendiente la tramitación para la obtención de la ciudadanía” (el destacado es añadido).

La parte actora considera que la regulación transcrita vulnera: el art. 20 de la C.N. que equipara en el goce de los derechos civiles a los nacionales y extranjeros; el art. 16 de la misma Carta Magna que consagra la igualdad ante la ley; los arts. 1.1. de la CADH y 11 de la CCBA que prohíben la discriminación por razón de la nacionalidad; y los arts. 19, 76 y 99.3 de la C.N. y 10, 84 y 103 de la CCBA en cuanto se relacionan con la delegación de facultades legislativas.

2. Adelanto desde ahora que, en coincidencia con lo afirmado por el señor fiscal general en su dictamen, considero que la exigencia del art. 20 de la C.N. no conduce a reputar inconstitucional cualquier regulación que contenga una distinción entre nacionales y extranjeros. Lo que impone la Carta Magna en su art. 20 “es que las diferencias de trato entre nacionales

y extranjeros se encuentren justificadas” (fs. 67 vta.) y soporten el test de razonabilidad sobre la base de parámetros objetivos (arts. 28 y 33, C.N.).

En efecto, al emitir mi voto en la causa “Gottschau, Evelyn Patrizia c/Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo s/recurso de queja”, expte. n° 361/00, sentencia del 20/6/2000 (en *CyJ, Fallos TSJBA*, II-2000, pp. 154 y ss.), expresé que “(l)a generosa invitación contenida en el Preámbulo de la Constitución de 1853 a *‘todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino’*; la consagración del principio conforme al cual en la Nación Argentina *‘todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad’*, art. 16; la amplia equiparación de los extranjeros para el ejercicio *‘de todos los derechos civiles del ciudadano’*, plasmada en el art. 20; la directiva por la cual *‘el Gobierno federal fomentará la inmigración europea’*, a que se refiere el art. 25 (todos preceptos de la Ley Fundamental Nacional); cuanto la prohibición de *‘discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia ... nacionalidad ... o cualquier circunstancia que implique distinción, restricción o menoscabo’*, obligando a que la Ciudad remueva *‘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’*, recogida por el art. 11 de la Constitución local, deben entenderse como un medio de evitar que la ley introduzca injustas, odiosas o arbitrarias discriminaciones en contra de los extranjeros y, correlativamente, indebidos e injustificados privilegios en favor de los nacionales, por lo cual no se requiere de una equiparación rigurosa, estricta y matemática de los derechos de unos respecto de los de los otros.//En este sentido, tempranamente el tribunal cimero al resolver la causa “Criminal c/D. Guillermo Olivar, por complicidad en el delito de rebelión”, sentencia del 1º/5/1875 (*Fallos*, 16:118), por remisión a los fundamentos del juez de Sección, dejó sentado que *‘la igualdad de todas las personas ante la ley, según la ciencia y el espíritu de nuestra Constitución, no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, de lo que se sigue forzosamente que la verdadera igualdad consiste en aplicar a los casos ocurrentes la ley según las diferencias constitutivas de ellos, y que cualquier otra inteligencia o acepción de este derecho es contraria a su propia naturaleza e interés social’*”.

En lo que hace a la igualdad ante la ley y a la condición de idoneidad como recaudo para acceder a los empleos, la CSJN ha consignado que, “en lo atinente al empleo público, el concepto de idoneidad supone un conjunto de requisitos de distinta naturaleza que pueden ser estatuidos por la ley o el

reglamento. La aptitud técnica, física y en particular la moral configuran exigencias de carácter genérico en tanto otras, como la ciudadanía, los son para determinadas funciones. Es que, como lo sostiene Benjamín Villegas Basavilbaso, ‘no se trata de una cualidad abstracta sino concreta, esto es, ha de ser juzgada con relación a la diversidad de funciones y empleos’ (*Derecho administrativo*, t. III, 1951, p. 367). En algunos casos, expresas disposiciones constitucionales imponen para ejercer derechos políticos determinadas exigencias, entre ellas la ciudadanía (arts. 48, 55, 89 y 111, C.N.); en otros puede provenir del ejercicio de la facultad del Congreso prevista en el inc. 19 del art. 75 o de la intervención acordada al Poder Ejecutivo nacional (art. 99, incs. 2º y 7º)” (*in re*: “Rocío Calvo y Pesini c/provincia de Córdoba”, *Fallos*, 321:194, sentencia del 24/2/1998).

3. Para encuadrar de manera correcta el objeto del debate, cabe resaltar que la regulación reprochada en este juicio no prohíbe de manera absoluta el derecho a enseñar de los docentes extranjeros, sino que *acota parcialmente las posibilidades de su ejercicio en establecimientos públicos*.

Concretamente, la norma que se reputa ilegítima consagra un impedimento para todo extranjero de ejercer la enseñanza *en la educación pública*, salvo para el caso del área de Educación Superior, toda vez que, para este supuesto, la norma establece que podrán admitirse extranjeros cuando “razones de idoneidad así lo requieran”.

4. He sostenido en su oportunidad, al dictaminar por el Ministerio Público Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa “Inés María Repetto c/provincia de Buenos Aires” (*Fallos*, 311:2272), sentencia del 8/11/1988, que las disposiciones del *Reglamento General de Escuelas Privadas de la Provincia de Buenos Aires*, en cuanto imponía el requisito de la nacionalidad argentina nativa o adquirida, para ejercer la docencia con carácter titular o suplente a una maestra jardinera en un establecimiento privado, resultaba irrazonable y, por tanto, debía declararse inconstitucional por contravenir el “espíritu humanista que inspiró en este tema —materia educativa— a nuestros padres constitucionales a la luz de los principios de igual índole que caracterizaron el pensamiento de Alberdi al fundar su política fundamental inmigratoria” (*sic*), criterio que, en lo pertinente, hiciera suyo el Alto Tribunal.

Pero entiendo que las circunstancias de uno y otro caso son diferentes. En esta acción de control abstracto de constitucionalidad se cuestiona una norma que limita el acceso de los extranjeros a la carrera docente en los establecimientos públicos. En “Repetto”, en cambio, se objetaba por la vía del *control difuso* la restricción de nacionalidad para ejercer la enseñanza en el ámbito privado.

Tampoco el caso resulta similar al abordado por la CSJN en la causa “Calvo y Pesini”, antes citada, dado que en la misma se discutía la validez de una disposición provincial que impedía el acceso de la parte actora —una ciudadana española— para desempeñar cierto cargo en un hospital neuropsiquiátrico público de la provincia de Córdoba, para el cual, incluso, había sido propuesta por recomendación de la Junta de Calificación de Psicología, la que consideró, entre otras razones, los servicios prestados con anterioridad en el hospital. Como lo sostiene en su enjundioso voto mi colega el doctor Luis F. Lozano, en el caso que aquí nos ocupa, no sólo la Procuración General de la Ciudad desarrolló argumentos para justificar el requisito de la nacionalidad, sino que, además, las razones están plasmadas en el texto mismo del *Estatuto del Docente* (art. 6º) que encuentra correlato en las leyes que tratan la materia a nivel nacional. Y, por otra parte, no pueden asimilarse el ejercicio de la psicología con el de la docencia en las escuelas públicas, pues inculcar a los niños en edad escolar el amor a la patria y a los valores nacionales —fin legítimo que, como se dijo, se encuentra reconocido en la legislación positiva que regula la actividad docente—, no es un propósito que esté expresado en la ley cordobesa 7625 que se objetaba en aquél caso, ni tampoco que fuera invocada en la demanda, ni, menos aún, que pueda asociarse al ejercicio de la psicología.

5. Así las cosas, entiendo que la regulación cuestionada en este juicio resiste exitosamente el examen de constitucionalidad.

En primer término, porque los derechos a trabajar y enseñar no se ven suprimidos sino reglamentados parcialmente. Es necesario enfatizar 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” (arts. 28 y 33 del mismo plexo).

Además en esta causa no se ha alegado que exista un impedimento para que los docentes extranjeros puedan ejercer esos derechos en el ámbito privado. Los extranjeros también pueden ejercer la docencia en el área de Educación Superior de las escuelas públicas, pues el Estatuto del Docente contempla de manera expresa la posibilidad de ingreso a la carrera, aunque en casos determinados.

6. Sobre el último aspecto de la norma objetada, la accionante argumenta que, con el dictado de la ley 668, en tanto establece que se admitirán extranjeros como docentes en el área de Educación Superior cuando “razones de idoneidad así lo requieran”, la Legislatura ha efectuado una delegación inconstitucional al establecer un estándar vago e indefinido

“que deja en manos de la Administración la fijación de las pautas destinadas a establecer cuáles docentes extranjeros se encuentran habilitados para ejercer la docencia” (fs. 33).

Este argumento, que se pretende fundar en el supuesto exceso por parte del órgano legislativo, debe ser descartado, pues, tal como lo expresa en el punto 11 de su voto mi colega el Dr. Luis F. Lozano, no existe una violación a los arts. 10, 84 y 103 de la CCBA, toda vez que la facultad de decidir en cada caso concreto si un solicitante de nacionalidad extranjera resulta idóneo para ingresar a la carrera docente en el área de Educación Superior, es una actividad de naturaleza típicamente administrativa. Por supuesto que nada corresponde expresar respecto de las referencias que la accionante efectúa acerca de la regulación de la delegación legislativa contenida en la Constitución Nacional (arts. 76 y 99, inc. 3º), pues la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se da sus propias instituciones y se rige por ellas —si bien de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Ley Fundamental—, de conformidad con lo establecido en el art. 129 de la misma Carta Magna.

7. En cuanto a la limitación que, esta vez sin excepciones, se establece para acceder a la carrera docente en áreas distintas a la de Educación Superior, considero que esa limitación encuentra un sustento razonable por los fundamentos que a continuación paso a expresar.

En lo que respecta a la educación primaria, el Estado tiene un interés fundamental en la misma y de éste se desprende que exista una regulación diferenciada de los requisitos de idoneidad de los aspirantes a la carrera docente. Participando de este temperamento, Joaquín V. González ya ha dicho que “(l)a instrucción se divide en *primaria, secundaria y superior*, siendo la primera categoría la que los Estados reconocen como de su primordial deber, como fundamento de toda función social y política. Es lo que se llama propiamente la escuela, y de la cual hablan en general las Constituciones” (GONZÁLEZ, Joaquín V.: *Manual de la Constitución Argentina*, 28ª ed., parág. 165, p. 176, Ángel Estrada y Cía., Buenos Aires, 1983).

El Estado considera que los niños que se encuentran en determinada edad escolar y concurren a las escuelas públicas deben formarse con maestros que deben reunir, entre otros requisitos de idoneidad, el de la nacionalidad argentina. ¿Por qué? La misma ordenanza lo explicita en su art. 6º, inc. b). En este punto, también cabe mencionar lo expresado hace más de un siglo por el prestigioso publicista ya citado cuando dijo: “En toda nación libre la escuela debe realizar estos tres conceptos: crear su cultura *humana*, encaminarla a fortalecer y perpetuar la *nacionalidad*, y hacer al

pueblo capaz de gobernarse por sí mismo y realizar con verdad los propósitos generales y especiales de la *Constitución*” (GONZÁLEZ, Joaquín V.: ob. cit., p. 175)

Ya los jueces Augusto C. Belluscio y Enrique C. Petracchi, en los consids. 12 y 13 de su voto concurrente en la conocida causa “Gabriel Darío Arenzon vs. Nación Argentina” (*Fallos*, 306:400), sentencia del 15/5/1984, resaltaron —a la hora de descalificar una regulación que imponía como requisito para el ingreso al profesorado la estatura mínima de 1,60 metros—, “que los docentes del ‘preprimario’ y ‘primario’ trabajan sobre una circunstancia humana particularmente sensible, y que sus personalidades (no sus meras apariencias) se convierten en modelos de identificación de los niños y los estampan significativamente en su futuro comportamiento social... También es verdad que el Estado tiene en la educación un interés vital”.

El requisito de la nacionalidad, por sí solo, no convierte a una persona en idónea para cumplir con los deberes que las leyes de educación le imponen —aptitudes que deberán ser apreciadas, en cada caso, por la autoridad administrativa correspondiente—, pero sí permite suponer, en ese individuo que posee la nacionalidad, un mayor compromiso con la comunidad que lo recibe. Es por ello que resulta razonable el requisito de nacionalidad establecido en la normativa en cuestión.

Las reflexiones precedentes, en un país decididamente generoso para otorgar a los extranjeros la naturalización con la corta residencia de dos años continuos en el país —tal cual lo contempla y garantiza el art. 20 de la C.N.—, convierten el requisito de la nacionalidad para la docencia oficial en algo diferente a un indebido o exorbitante privilegio para los naturales del país. No es, por lo demás, una odiosa o inequitativa discriminación con finalidad persecutoria para con los extranjeros en general, o para con una nacionalidad en particular, extranjeros a quienes, además de la posibilidad de la naturalización, se le reconocen con amplitud el derecho a trabajar y ejercer industrias lícitas, incluso la docencia en establecimientos privados.

8. En definitiva, la cuestión podrá ser debatible en el plano del control difuso de constitucionalidad y ante un *caso concreto* (conf. doctrina de la causa “Calvo y Pesini”), pero no mediante un escrutinio ejercitado en abstracto que conduciría a la pérdida de vigencia de la norma con efectos *erga omnes*. Es que no se advierte la irrazonabilidad de las disposiciones atacadas en abstracto, a la luz de los objetivos específicos que se contemplan en el conjunto de disposiciones que disciplinan la prestación del servicio estatal de educación pública. Además, como es sabido, la decla-

ración de inconstitucionalidad de una ley es un acto de suma gravedad institucional y debe ser considerada como *ultima ratio* del orden jurídico.

Y preserve la posibilidad de impugnación por vía del control difuso de inconstitucionalidad, para aquellos casos en los cuales pueda invocarse y acreditarse que la *idoneidad* del postulante en virtud de su compromiso con los valores nacionales es equivalente o igual al que pueda ostentar, en términos de estándar medio, un docente argentino.

9. Valga añadir que en el sentido más simple y lineal con que puede entenderse el *Estatuto Docente*, el mismo conjuga el verbo y participa de la filosofía explicitada por la Reforma Constitucional de 1994, una década después. Es ello así, en tanto la Ciudad de Buenos Aires ha entendido, anticipadamente a la concreción constitucional explícita del ideario argentino en educación, que la enseñanza pública debe comprometerse en brindar a los hijos de sus vecinos una formación, a partir de recursos docentes idóneos por su nacionalidad argentina, que priorice la *unidad nacional*, que tienda a *proteger la identidad y pluralidad cultural*, que se ocupe de *reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas* y que, asimismo, *tome a su cargo promover los valores democráticos* (art. 75, incs. 17, párr. 1º y 19, párrs. 3º y 4º, Ley Suprema).

El pensamiento idealista que expresa la frase de Sócrates que refiere al hombre como *ciudadano del mundo*, fue perdiendo el sentido altruista primigenio, constatable por la mundialización o globalización de la posmodernidad que, descarnadamente, ha entrañado la pretensión de una dominación universal por algunos países que la proyectan en lo político, económico y cultural, bajo la disuasión de su indiscutible poderío financiero y bélico. Es que ha quedado sin respuesta el desafío lanzado por su S.S. Juan Pablo II en el *Mensaje al Movimiento Mundial de Trabajadores Cristianos*, reunidos en San Pablo, Brasil, en mayo de 2000, cuando, al confirmar el fenómeno de la globalización, invitaba a gerenciarlo con sabiduría, para que, en todo caso, pudiera promoverse en tal marco la *globalización de la solidaridad*, no sólo en el seno de cada país sino, fundamentalmente, en las relaciones entre las naciones del mundo entero, escapando a una visión fundada únicamente en criterios económicos, y aceptada por los postergados como la inevitable consecuencia de mecanismos ciegos.

Así, los comunes denominadores que permitieron hablar de una patria humana universal, se ven desmentidos en el campo de la realidad concreta lo que obliga a una Argentina postergada a reafirmar y defender su identidad, valiéndose del instrumento poderoso de la educación y reivindicando los valores del patriotismo. Tal ideario no será nunca consigna de

agresión, expansión o conflicto, sino un himno de hermandad fraguado en los ideales de Mayo.

El sentimiento de adhesión filial a la Patria se levanta hoy en los más variados continentes y latitudes y se convierte en un medio eficaz para conjurar actitudes que comprometen hasta la integridad misma del propio suelo. Es por ello que el maestro público argentino puede y debe estar identificado en el espíritu cívico y patriótico que resalte los ideales esenciales de nuestra nacionalidad, en un permanente retorno a las fuentes de nuestro origen como nación, a su cultura, a sus próceres, valores y símbolos más preciados. Es que el docente nacional —desde las más diversas ópticas propias del pluralismo— puede pulsar como ninguno ese espíritu colectivo forjado a lo largo de nuestra historia, pues una educación carente de valores nacionales importaría tanto como condenar al educando al destierro y ostracismo en su propia patria.

La Patria y la Nación no son una escala en una larga travesía, una bandera de conveniencia, ni un puerto de reparo. Requieren de quienes comparten vínculos de pertenencia una actitud de decidido compromiso en el camino de la libertad y solidaridad recorrido, y por recorrer.

Por las consideraciones expuestas, corresponde rechazar la presente acción declarativa de inconstitucionalidad. Con costas en el orden causado (art. 25, ley 402).

Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. La parte demandante en las presentes actuaciones solicita se declare la inconstitucionalidad del art. 1º de la ley 668 que modificó el art. 14, inc. a) de la ordenanza 40.593. Sostiene que dicha norma resulta inconstitucional por no respetar lo dispuesto por:

- i) los arts. 14 y 20 de la C.N., toda vez que el derecho de enseñar sería un derecho civil garantizado a “todos los habitantes” sin distinción de nacionalidad (art. 14, C.N.), y especialmente garantizado a los extranjeros en el art. 20, C.N., por lo que su reglamentación no deberá discriminar entre ciudadanos y extranjeros;
- ii) el art. 1.1 de la CADH, y el art. 11 de la CCBA, toda vez que los extranjeros constituyen una “categoría sospechosa” cuya exclusión no ha sido debidamente justificada mediante la demostración de un “interés estatal urgente” o una “razón de peso” que la requiera;
- iii) el art. 16 de la C.N., toda vez que el requisito de ser argentino no haría a la idoneidad del docente, única condición que la norma permite exigir; y

- iv) el principio de legalidad, que estaría violado en el caso por el párr. 2º de la norma impugnada, toda vez que al establecer la posibilidad de que la administración admita docentes extranjeros cuando razones de idoneidad así lo requieran (“pauta vaga e indefinida”) constituiría una delegación indebida (conf. arts. 19, 76 y 99 inc. 3º, C.N., y 10, 84 y 103 CCBA).

2. *Antecedentes de los arts. 16 y 20 de la C.N.*

Tanto el art. 16 como el 20 de la C.N. tienen antecedente directo en el proyecto elaborado por Juan Bautista Alberdi y explicado en sus *Bases*. El art. 16 de la C.N. encuentra su paralelo en el art. 17 del proyecto de Alberdi que dice en lo pertinente: “[t]odos son admisibles a los empleos. [...] La ley civil no reconoce diferencia entre extranjeros y nacionales”. A su vez, el art. 20, C.N. lo reconoce en el 21 de dicho proyecto que establece: “[n]ingún extranjero es mas privilegiado que otro. Todos gozan de los derechos civiles inherentes al ciudadano, y pueden comprar, vender, locar, ejercer industrias y profesiones, darse a todo trabajo, poseer toda clase de propiedades y disponer de ellas en cualquier forma; entrar y salir del país con ellas, frecuentar con sus buques puertos de la Republica, navegar en sus ríos y costas. Están libres de empréstitos forzosos, de exacciones y requisiciones militares. Disfrutan de entera libertad de conciencia, y pueden construir capillas en cualquier lugar de la república. Sus contratos matrimoniales no pueden ser invalidados porque carezcan de conformidad con los requisitos religiosos de cualquier creencia, si estuviesen legalmente celebrados.

No están obligados a admitir la ciudadanía.

Gozan de estas garantías sin necesidad de tratados y ninguna cuestión de guerra puede ser causa de que se suspenda su ejercicio.

Son admisibles a los empleos, según las condiciones de la ley, que en ningún caso puede excluirlos por solo el motivo de su origen [...]” (el destacado me pertenece).

Según se ve, en lo que para la solución del presente caso interesa, el art. 21 es más fuerte, en apariencia al menos, que el art. 20 actual, mientras que el contenido del 17 no es sustancialmente distinto del 16 que nos rige, aunque es obvio que el texto actual mitiga la expresión contemplando a nacionales y extranjeros bajo el manto común de habitar nuestro suelo.

Empero, es sumamente ilustrativo repasar algunos párrafos de las anotaciones de Alberdi para aclarar el alcance que daba él a estas cláusulas. En el acápite XIX, a cuyo título vale la pena prestar atención, dice del Estado nacional que: “[d]ebe *prodigar* la ciudadanía y el domicilio al extranjero sin imponérselos. Prodigar, digo, porque es la palabra que expre-

sa el medio de que se necesita. Algunas constituciones sudamericanas han adaptado las condiciones con que la Inglaterra y la Francia conceden la naturalización al extranjero, de que esas naciones no necesitan para aumentar su población excesiva. Es la imitación llevada al idiotismo y al absurdo [se refiere a la Constitución boliviana conf. Capítulo XXXIV] [Nota: El título del acápite XIX reza, “Continuación del mismo asunto. Fines de la Constitución Argentina”, mientras que el del acápite XVIII reza “Bases y puntos de partida para la Constitución de la República Argentina”; es decir, el segundo, a diferencia del primero, representa el núcleo de su fundamentación].

Debe la constitución asimilar los derechos civiles del extranjero de que tenemos vital necesidad, a los derechos civiles del nacional, sin condiciones de una reciprocidad imposible, ilusoria y absurda.

Debe abrirles acceso a los empleos públicos de rango secundario (el destacado me pertenece) más que en provecho de ellos, en beneficio del país, que de ese modo, aprovechará de su aptitud para la gestión de nuestros negocios públicos y facilitará la educación oficial de nuestros ciudadanos por la acción del ejemplo práctico, como en los negocios de la industria privada. En el régimen municipal será ventajosísimo este sistema. Un antiguo municipal inglés o norteamericano, establecido en nuestros países e incorporados a nuestros cabildos o consejos locales, sería el monitor más edificante o instructivo en ese ramo, en que los hispanoamericanos nos desempeñamos de un modo tan mezquino y estrecho de ordinario, como en la policía de nuestras propias casas privadas” [Nota: ALBERDI, Juan B.: *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Jackson, Buenos Aires, 1935, pp. 119 y 120].

Según se ve, hay una clara distinción entre el manejo de la noción de derechos civiles y el del acceso al empleo público. Tanto ello es así que Alberdi interpreta su cláusula relativa al empleo publico, contenida en el art. 21 que transcribí, de un modo mas limitado que el que podría indicar una lectura ingenua del párrafo que destaqué con negrita. A la luz de lo que aquí dice, dicho párrafo puede leerse, sin temor a errar, en el sentido de que la ley no puede excluir al extranjero naturalizado por el solo motivo de haber nacido fuera del territorio nacional; pero, no está diciendo que no puede excluir al extranjero que no adopta la nacionalidad; siempre hablando del empleo público, porque está claro que no puede obligarlo a tomar dicha nacionalidad, ni tampoco excluirlo de los derechos civiles por no adoptarla.

A su vez, constituye elemento esencial para interpretar la cláusula relativa a los derechos civiles de los extranjeros, la referencia al tratado con Inglaterra de 182 [Nota: En igual sentido véase DE VEDIA, Agustín: *Constitución Argentina*, Coni, Buenos Aires, 1907, p. 106].

Esta fuente se repite en la Comisión de Negocios Constitucionales del Congreso General Constituyente de la Confederación Argentina que preparó el texto finalmente aprobado en 1853. Así en el capítulo XIX, algo mas adelante que el párrafo ya transcrito, Alberdi dice: “[l]a Constitución argentina debe contener una sección destinada especialmente a fijar los principios y reglas del derecho público deferido a los extranjeros en el Rfo de la Plata, y esas reglas no deben ser otras que las contenidas en el tratado con la Inglaterra, celebrado el 2/2/1825. A todo extranjero deben ser aplicables las siguientes garantías, que en ese tratado solo se establecen en favor de los ingleses. Todos deben disfrutar *constitucionalmente*, no precisamente por tratados:

- de la libertad de comercio;
- de la franquicia de llegar seguros y libremente con sus buques y cargamentos a los puertos y ríos accesibles por la ley a todo extranjero,
- del derecho de alquilar casa a los fines de su trafico;
- de no ser obligados de no pagar derechos diferenciales,
- de gestionar y practicar en su nombre todos los actos de comercio, sin ser obligados a emplear personas del país a este efecto;
- de ejercer todos los derechos civiles inherentes al ciudadano de la Republica;
- de no poder ser obligados al servicio militar;
- de estar libres de empréstitos forzosos, de exacciones o requisiciones militares;
- de mantener en pie todas estas garantías, a pesar de cualquier rompimiento con la nación del extranjero residente en el Plata;
- de disfrutar de entera libertad de conciencia y de culto, pudiendo edificar iglesias y capillas en cualquier paraje de la Republica argentina.

Todo eso y algo más está concedido a los súbditos británicos en la Republica Argentina por el tratado de plazo indefinido, celebrado el 2/2/1825; y no hay sino muchas razones de conveniencia para el país en extender y aplicar esas concesiones a los extranjeros de todas las naciones del mundo, tengan o no tratado con la Republica Argentina. La republica necesita conceder esas garantías, por una exigencia imperiosa de su población y cultura, y debe concederlas espontáneamente, por medio de su constitución, sin aspirar a ilusorias vanas y pueriles ventajas de una reciprocidad sin objeto por larguísimos años” [Nota: ALBERDI: ob. cit., pp. 126 y ss.].

Según se ve, el criterio para definir “derechos civiles” esta estrechamente relacionado con la naturaleza de los derechos negociados en el tratado de 1825 con Inglaterra. La meta de los redactores de la cláusula cons-

titucional fue extender a todo extranjero aquello que el tratado concedía tan sólo a los súbditos del Reino Unido. Cuando uno examina este tratado se encuentra con un grupo de derechos que tienen que ver básicamente con el acceso a la propiedad mediante negocios entre particulares, la libertad de conciencia y, esencialmente, la posibilidad de contraer matrimonio con efectos válidos. En esto, estaba muy directamente implicada la posibilidad de conservar una religión distinta a la católica apostólica romana y aún así contraer válidamente nupcias, lo cual, a su vez, determinaba la aplicación del régimen de sociedad conyugal y sucesorio. Concretamente, a los derechos específicamente previstos —por ejemplo derecho de alquilar casa a los fines de su tráfico o vivienda— el tratado agrega otros más genéricos en su art. VIII a) que establece: “[t]odos los comerciantes, comandantes de naves, y otros súbditos de su Majestad Británica, tendrán la misma libertad, en todos los territorios de dichas Provincias Unidas, como los nativos de ellas, para manejar sus propios asuntos ellos mismos, o para confiarlos a la gerencia de quienes ellos prefieran, como corredor, factor, agente o intérprete; no serán obligados a emplear a cualquier otra persona para esos propósitos, ni a pagar ningún sueldo o remuneración, a menos que elijan emplearlos; y les será permitido, en libertad absoluta, en todos los casos, al comprador y al vendedor negociar y fijar el precio de cualquier bien, efecto o mercancía importada en, o exportada, de dichas Provincias Unidas, como ellos estimen más conveniente” [Nota: “All merchants, commanders of ships, and others, the subjects of His Britannic Majesty, shall have the same liberty, in all the territories of the said United Provinces, as the natives thereof, to manage their own affairs themselves, or to commit them to the management of whomsoever they please, as broker, factor, agent or interpreter; nor shall they be obliged to employ any other persons for those purposes, nor to pay them any salary or remuneration, unless they shall choose to employ them; and absolute freedom shall be allowed, in all cases, to the buyer and seller to bargain and fix the price of any goods, wares or merchandise imported into, or exported from, the said United Provinces, as they shall see good”] “[...] la disposición de la propiedad de cualquier tipo y denominación, mediante venta, donación o intercambio, o cualquier otra manera, como también en la administración de la justicia, los súbditos y ciudadanos de las Dos Partes Contratantes gozarán, en sus dominios respectivos, de los mismos privilegios, libertades y derechos que la nación más favorecida, y no cargarán, en cualesquiera de estos respectos, con ningún derecho o impuesto más alto que los que pagan, o puedan ser pagados, por los súbditos nativos o ciudadanos de la Potencia en cuyos dominios pudieran ser residentes. Serán eximidos de todo servicio militar obligatorio, sea por mar o tierra, y

de todo empréstito forzoso, o exacciones o requisiciones militares; tampoco serán obligados a pagar ningún impuesto ordinario mayor que los que sean pagados por súbditos nativos o ciudadanos bajo ningún pretexto” [*Nota*: “...the disposal of property of every sort and denomination, by sale, donation or exchange, or in any other manner whatsoever, as also the administration of justice, the subjects and citizens of the two Contracting Parties shall enjoy, in their respective dominions, the same privileges, liberties and rights, as the most favoured nation, and shall not be charged, in any of these respects, with any higher duties or imposts than those which are paid, or may be paid, by the native subjects or citizens of the Power in whose dominions they may be resident. They shall be exempted from all compulsory military service whatsoever, whether by sea or land, and from all forced loans, or military exactions or requisitions; neither shall they be compelled to pay any ordinary taxes, under any pretext whatsoever, greater than those that are paid by native subjects or citizens”].

Asimismo, el art. XIII c) dispone: “[...] para disponer de su propiedad, en cualquier forma, sea por voluntad o testamento, como sea que ellos juzguen apropiado” [*Nota*: “...to dispose of their property, of every description, by will or testament, as they may judge fit...”].

El examen del texto muestra que no existe una referencia genérica a “derechos civiles” sino que en todo caso a algunos derechos específicos: básicamente ser propietario y poder disponer de esa propiedad, al igual que los ciudadanos argentinos. La más amplia formulación contenida en el art. IX —“privilegios, libertades y derechos”— no remite a los de los ciudadanos argentinos sino a la igualdad con los nacionales de la nación más favorecida.

Todo sugiere que elegir la expresión genérica “derechos civiles”, aplicada a este universo del tratado, fue idea de Alberdi. Pero Alberdi no la usó de manera de alcanzar el derecho de acceder al empleo público. Ello no se compadecería con la mención específica a ese acceso a un medio de vida contenida en el art. 21 proyectado. Menos aún con la explicación que el autor da a su texto, puesto que no parte en ella de la hipótesis de una imposibilidad de restringir el servicio público a los nacionales sino, en todo caso, de la de no hacerlo para las categorías inferiores; y ello, no por razones de principio, sino de conveniencia para la Nación Argentina, o para cumplir tratados. Todo esto está en estricta armonía con el Tratado de 1825 pues lo que este instrumento buscaba era garantizar al extranjero indemnidad, frente a la potencial legislación local discriminatoria, para los recursos que introdujese o aquellos que adquiriese localmente con su esfuerzo; no buscaba garantizar, en cambio, el acceso a recursos locales como el empleo u otros contratos públicos. Es reveladora la frase del capí-

tulo XVI titulado *De la legislación como medio de estimular la población y el desarrollo de nuestras Repúblicas* en que, refiriéndose al extranjero dice “...[m]ás noble fuera excluirle abiertamente, como hacían las Leyes de Indias, que internarle con promesas falaces, para hacerle víctima de un estado de cosas enteramente colonial y hostil” (ob. cit., p. 98).

El informe de la Comisión de Negocios Constitucionales del Congreso General Constituyente de la Confederación Argentina, constituida por los Doctores Pedro Díaz Colodrero, Martín Zapata, Juan Del Campillo, Manuel Leiva, Pedro Ferre, Juan María Gutiérrez, muy influido éste por el pensamiento de Alberdi, y José Benjamín Gorostiaga, toma también como punto de partida ese tratado de 2/2/1825. Vale la pena recordar este párrafo: “[e]l tratado de 2/2/1825, acuerda a los súbditos británicos la libertad de la conciencia y el derecho de concurrir a sus ritos públicamente; y tanto esta facultad como las demás que encierra aquel tratado, se han realizado sin interrupción desde su fecha, y también durante el aislamiento de los pueblos, cuando sólo existía un encargado de relaciones exteriores. Este es, pues, un derecho perfecto conquistado bajo la fe de tratados solemnes, a cuyo cumplimiento no podría negarse el gobierno federal. Derecho, por otra parte, directamente protector de una de las miras que no ha perdido de vista la comisión, la mira de atraer la población activa, útil y moral al seno de la Confederación. El inmigrante porque aspiramos, no es el ser degradado que se embrutece olvidando su creador, sino aquel que aprendió a conocerle y a adorarlo en el hogar de su padre. Es el inmigrante cabeza o miembro de familia, que, si abandona la patria de su nacimiento, no por eso enajena su conciencia ni su culto; y esta que es una propensión virtuosa no se puede burlar sin sacrilegio, y sin peligro de poblar nuestro territorio con hombres ateos, incapaces de soportar el yugo saludable de las practicas religiosas” [Nota: Tomado de la recopilación hecha por SAMPAY, Arturo E.: *Las constituciones de la Argentina (1810/1972), Recopilación, notas y estudio preliminar*, Universitaria de Buenos Aires, 1975, pp. 356 y ss.].

Empero, sugestivamente, la Comisión no adopta, en su art. 20, la referencia al empleo contenida en el 21 del proyecto de Alberdi. Al mismo tiempo pone énfasis en destacar que el extranjero que tiene en mira es el inmigrante, es decir, quien viene a radicarse de modo definitivo en nuestro país para poblarlo y compartir nuestro destino. A este extranjero apunta el art. 16 de la C.N.

El examen de estos antecedentes revela que la expresión “derechos civiles” no puede ser entendida de modo que alcance a todo derecho que no tenga naturaleza política. Derechos civiles eran, y son, los garantizados por las leyes civiles. A su vera, podían distinguirse, como es hoy usual

distinguir, derechos subjetivos públicos, uno de los cuales podía ser el acceso al empleo estatal. Suponer un ámbito más amplio para los derechos civiles implica olvidar que la voluntad del constituyente fue extender las mismas garantías del Tratado de 1825 a otros extranjeros, pero no extender el universo de garantías. Ese universo estuvo definido teniendo en mira asegurar a los extranjeros un tratamiento legislativo igualitario para los recursos que introdujeran al país, pero no un acceso a los recursos nacionales. Esto es así con mayor razón cuando se trata de recursos siempre limitados; en el caso, porque existe un número de plazas limitado directa o indirectamente por la ley. Si alguna duda generaba el texto del art. 21 del proyecto de Alberdi, ella se disipa con la eliminación, en el texto del art. 20 de la C.N., de la referencia al empleo. Asimismo, no es ocioso recordar que el empleo público fue visto como un privilegio y no como un derecho nada menos que por Oliver W. Holmes en “McAuliffe vs. Mayor of New Bedford” [*Nota*: 155 Mass. 216 (1892)]; y aunque esta noción ha quedado abandonada, al menos con el alcance que tuvo [*Nota*: Véase VAN ALSTYNE, William W.: “The Demise of the Right-Privilege Distinction in Constitutional Law”, *Harvard Law Review*, vol. 81:1439], sigue constituyendo una guía para comprender la idea de derechos civiles que nos ocupa. Vale también tener en cuenta el distinto tratamiento que el empleo público recibe en la jurisprudencia de los EE.UU., aún a partir de haber sido considerado un derecho. De ello me ocupó más adelante.

Esta interpretación no implica xenofobia; ni siquiera inclinación a no abrir la contratación pública a quienes no son nacionales. Implica, en todo caso, poner en manos de las autoridades constituidas, especialmente el Congreso o las legislaturas locales, según el caso, el poder de establecer facilidades o exclusiones en el acceso a recursos estatales. Esto reza para el art. 20 de la C.N.; si bien el art. 16 de la C.N. trae diferencias para el supuesto del empleo público, de ello me ocuparé más adelante. Este poder es la base de la posibilidad de negociar con países extranjeros facilidades recíprocas. Indudablemente, el preámbulo de la Constitución Nacional sigue señalando una vocación de apertura hacia los extranjeros que constituye una guía inexorable para las autoridades constituidas; pero, el texto constitucional no ignora que la concesión a cambio de reciprocidad sigue siendo la llave para obtener ventajas para los argentinos en otras latitudes. Esta capacidad de negociación desaparece si la concesión viene hecha unilateralmente por la Constitución Nacional. En una inteligencia tan amplia como la que postula la actora, los derechos civiles del art. 20 de la C.N. impedirían no solamente las restricciones en el empleo, cuestión a la que específicamente se refiere el art. 16 de la C.N., sino restricciones como las previstas en la legislación llamada de “compre argentino”; y, en

general, impediría también la reserva para los argentinos y para aquellos nacionales de los países con quienes la Nación negocie, de algunos recursos que el legislador estime estratégicos.

En este orden de ideas, vale recordar que no declarar inconstitucional una ley no equivale a aplaudir su contenido. Los jueces no están para tomar posición frente a la ley desde la óptica de los valores sino desde la de la constitución. Para juzgar cuándo ampliar y cuándo circunscribir el universo de quienes contratan con el Estado están los órganos políticos, y más específicamente el legislativo. Puesto en otras palabras, el dilema que nos ocupa no es evaluar la conveniencia de abrir las escuelas estatales a los docentes extranjeros, sino determinar, a la luz de la CCBA, la C.N. y los tratados aplicables, si son los jueces o los legisladores quienes deben hacerlo.

El art. 16 de la C.N. matiza significativamente la cuestión en materia de empleo público, pero a ello me referiré más adelante.

3. *Jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos*

Sin desconocer el hecho de que tanto la Constitución Nacional como la CCBA difieren de la de los EE.UU. en aspectos significativos en lo que hace a la cuestión que nos ocupa, hay razones suficientes para repasar algunos de los precedentes jurisprudenciales a propósito de la aplicación de restricciones por razones de nacionalidad en materia de ocupaciones. Estos precedentes someten a las leyes nacionales y estatales al test de la *equal protection clause*, examen que tiene coincidencias relevantes, aunque no plenas, con el que imponen nuestros textos fundamentales. Esto es particularmente cierto, si tenemos en cuenta que la noción de “categoría sospechosa”, invocada por el actor y utilizada en los diversos precedentes que cita para sostener la necesidad de un escrutinio estricto y hasta una presunción de inconstitucionalidad de la ley en cuestión, fue desarrollada por la Corte Suprema de los EE.UU. en buena medida a partir de la nota 4 del fallo recaído en la causa precedente “United States vs. Carolene Products” (304 US 144).

En principio, a la luz de la jurisprudencia de los EE.UU., y en línea con las alegaciones de la actora, la categoría “extranjeros” ha sido calificada de sospechosa en “Graham vs. Richardson” [Nota: 403 US 365. La ley cuestionada limitaba a los ciudadanos el pago de un beneficio social], por lo que la legislación en crisis merecería un examen pormenorizado y estricto de correspondencia con la Constitución Nacional y la CCBA, mitigando, a ese fin, la presunción de constitucionalidad.

Sin embargo, vale destacar un giro adicional de la jurisprudencia de los EE.UU. *In re* “Sugarman vs. Dougall” la Corte recordó que “cada Estado tiene el poder de establecer los requisitos para revistar como uno de

sus agentes y la manera en que ellos deban ser electos” [Nota: “[e]ach State has the power to prescribe the qualifications of its officers and the manner in which they shall be chosen”] (con cita de “Boyd vs. Thayer”, 143 US 135, 161) “para preservar la concepción básica de una comunidad política” [Nota: “...to preserve the basic conception of a political community”] (con cita de “Dunn vs. Blumstein”, 405 US en 344), y sostuvo que “ese poder y responsabilidad del Estado alcanza no solamente a los requisitos para ser elector, sino también a quienes detentan posiciones estatales electivas, o no electivas importantes, ejecutivas, legislativas y judiciales, para funcionarios que participan directamente en la formulación, ejecución o control de funciones políticas públicas, en sentido amplio, que llegan al corazón del gobierno representativo” [Nota: 634 US 647: “This power and responsibility of the State applies, not only to the qualifications of voters, but also to persons holding state elective or important nonelective executive, legislative, and judicial positions, for officers who participate directly in the formulation, execution, or review of broad public policy perform functions that go to the heart of representative government”]. En este caso se declaró la inconstitucionalidad de una ley del estado de Nueva York que requería la ciudadanía estadounidense para ocupar cualquier cargo de la administración pública al que se accediera mediante concurso, no obstante lo cual la Corte Suprema de los EE.UU., en los últimos consid. del fallo, se preocupó por destacar la regla enunciada no obstante que no le era indispensable para arribar a la solución que adoptó. La última frase del voto mayoritario del fallo dejó sentada la orientación: “[u]na restricción en el empleo de los no ciudadanos, taxativamente concebida, podría tener particular relevancia en cuanto a esta responsabilidad estatal, dado que la condición de extranjero en sí misma es un factor que razonablemente podría ser empleado al definir ‘comunidad política’” [Nota: 634 US 647, 649: “A restriction on the employment of noncitizens, narrowly confined, could have particular relevance to this important state responsibility, for alienage itself is a factor that reasonably could be employed in defining ‘political community’”].

Luego, en “Foley vs. Connelie”, la regla pasó a formar parte del *holding*, y por ende a sentar precedente. Allí, la Corte declaró la constitucionalidad de una ley del estado de Nueva York que requería la nacionalidad estadounidense a todos aquellos que quisieran formar parte del cuerpo de policía. Para hacerlo, entre varias consideraciones sostiene que “sería inapropiado [...] requerir a cada exclusión legal de extranjeros superar la alta valla de ‘escrutinio estricto’, porque hacerlo ‘borraría todas las distinciones entre ciudadanos y extranjeros, y por ende depreciaría el valor histórico de la ciudadanía’” [Nota: 435 US 291: “It would be inappropriate

[...] to require every statutory exclusion of aliens to clear the high hurdle of 'strict scrutiny', because to do so would 'obliterate all the distinctions between citizens and aliens, and thus depreciate the historic values of citizenship'"]. Allí la mayoría de la Corte hace propio el criterio sentado en la disidencia del juez Burger en "Nyquist vs. Mauclet", 432 US 14. Más adelante, reafirma el criterio sentado en "Sugarman", y señala que "el Estado sólo necesita justificar su clasificación mostrando alguna relación racional entre el interés que se busca proteger y la clasificación limitativa" [Nota: 435 US 291, 296: "The State need only justify its classification by a showing of some rational relationship between the interest sought to be protected and the limiting classification"]. Vale destacar que adoptar el test de la demostración de alguna relación racional, supone eliminar, para el empleo público de esta clase la idea de que los extranjeros son una categoría sospechosa] y que "los oficiales de policía claramente pertenecen a la categoría de 'importantes posiciones estatales ... no electivas que participan directamente de la ... ejecución ... de políticas públicas en sentido amplio'" [Nota: US 291, 296: "Police officers very clearly fall within the category of 'important nonelective... officers who participate directly in the... execution... of broad public policy'"] y que "[u]n Estado puede, por consiguiente, en consonancia con la Constitución, confinar la realización de esta importante responsabilidad pública a los ciudadanos de los Estados Unidos" [Nota: 435 US 291, 300: "A State may, therefore, consonant with the Constitution, confine the performance of this important public responsibility to citizens of the United States"].

Asimismo, y en un caso que presenta gran analogía con el presente, "Ambach vs. Norwick", 441 US 68, la Corte de los EE.UU. sostuvo la constitucionalidad de una ley del estado de Nueva York que requería haber solicitado la ciudadanía estadounidense para ser docente en una escuela pública. Cita a "Sugarman", así como a "Foley" (necesidad de mostrar sólo una relación racional), sostiene que está vigente "el principio general de que algunas funciones estatales están tan ligadas con la gestión del Estado como entidad gubernamental como para permitir la exclusión de esas funciones de toda persona que no haya devenido parte del proceso de autogobierno" [Nota: 441 US 68, 74: "...the general principle that some state functions are so bound up with the operation of the State as a governmental entity as to permit the exclusion from those functions of all persons who have not become part of the process of self-government"], y que "[l]a regla para las funciones estatales, que es una excepción al criterio general aplicable a las clasificaciones basadas en la calidad de extranjero, descansa sobre importantes principios inherentes a la Constitución" [Nota: 441 US 68, 75: "The rule for governmental functions, which is an

exception to the general standard applicable to classifications based on alienage, rests on important principles inherent in the Constitution”]. Concretamente en cuanto a los docentes sostiene que “[p]ara establecer, en el marco del análisis de igual protección, si enseñar en una escuela pública constituye una función estatal, tenemos en mira el rol de la educación pública y el grado de responsabilidad y discrecionalidad que poseen los maestros para cumplir con su cometido” [Nota: 441 US 68, 75: “In determining whether, for purposes of equal protection analysis, teaching in public schools constitutes a governmental function, we look to the role of public education and to the degree of responsibility and discretion teachers possess in fulfilling that role”], y que “[c]ada una de estas consideraciones sostiene la conclusión de que los maestros de escuelas públicas pueden ser vistos como desarrollando una tarea ‘que llega al corazón del gobierno representativo’ Sugarman vs. Dougall” [Nota: 441 US 68, 75, 76 “Each of these considerations supports the conclusion that public school teachers may be regarded as performing a task ‘that go[es] to the heart of representative government. ‘Sugarman vs. Dougall’”]. En relación a la importancia e influencia del rol de los docentes sostiene que “[d]entro del sistema de educación pública, los maestros juegan una parte crítica en desarrollar la actitud de los alumnos hacia el gobierno y la comprensión del rol de los ciudadanos en nuestra sociedad. Solos entre los empleados del sistema, los maestros están en contacto diario directo con los alumnos tanto en las aulas como en otras actividades variadas de una escuela moderna. Dando forma a la experiencia de los estudiantes en la consecución de metas educacionales, los maestros tienen ineludiblemente amplia discrecionalidad acerca del modo en que el curso es impartido a los alumnos. Son responsables los maestros de presentar y explicar la materia en una manera que sea, a la vez, comprensible y estimulante. Ningún grado de estandarización de los materiales de enseñanza o planes de lecciones pueden eliminar las cualidades personales que aporta el maestro para alcanzar las metas propuestas. Más aún, un maestro sirve como modelo para sus estudiantes, ejerciendo una sutil pero importante influencia sobre sus percepciones y valores. Así, tanto por medio de la presentación de materiales del curso como por el ejemplo que brinda, un maestro tiene una oportunidad de influir en las actitudes de los estudiantes hacia el gobierno, el proceso político y las responsabilidades sociales del ciudadano. Su influencia es crucial para el mantenimiento de la salud de una democracia” [Nota: 441 US 68, 78, 79: “Within the public school system, teachers play a critical part in developing students’ attitude toward government and understanding of the role of citizens in our society. Alone among employees of the system, teachers are in direct, day-to-day contact

with students both in the classrooms and in the other varied activities of a modern school. In shaping the students' experience to achieve educational goals, teachers by necessity have wide discretion over the way the course material is communicated to students. They are responsible for presenting and explaining the subject matter in a way that is both comprehensible and inspiring. No amount of standardization of teaching materials or lesson plans can eliminate the personal qualities a teacher brings to bear in achieving these goals. Further, a teacher serves as a role model for his students, exerting a subtle but important influence over their perceptions and values. Thus, through both the presentation of course materials and the example he sets, a teacher has an opportunity to influence the attitudes of students toward government, the political process, and a citizen's social responsibilities. 9 This influence is crucial to the continued good health of a democracy"]. Finalmente, concluye que existe la relación racional requerida entre el fin legítimo perseguido y la clasificación limitativa establecida, y confirma la constitucionalidad de la ley [Nota: 441 US 68, 80 y 81. Con posterioridad la Corte de los EE.UU. rechazó por inconstitucionalidad una ley de Texas que reservaba el acceso a la habilitación como notario público a los ciudadanos de los EE.UU. (*in re* "Bernal vs. Fainter", 467 US 216). Al respecto deben decirse cuatro cosas: en primer lugar, el fallo no revoca expresa ni implícitamente la regla aplicada en "Ambach". En segundo lugar, requerir la ciudadanía nacional para ser escribano no puede encontrar la misma justificación que en caso de los docentes; deberían decir que los extranjeros son sujetos que por su condición de tales no pueden dar fe de los actos que pasan ante sus sentidos, y esto no parece tener asidero. En tercer lugar, los escribanos no cobran sus honorarios del erario estatal, y en cuarto lugar, como corolario, vale notar que el notariado estadounidense está organizado sobre bases distintas al nuestro, que adscribe al sistema denominado latino. Precisamente en el estado de Texas, el número de notarios con facultades para dar fe pública sin depender de otro notario no está limitado por ley. Es decir, que no se cumple a su respecto una constante del empleo público, y por ende de la docencia pública: el acceso restringido por existir un número de plazas limitado directa o indirectamente por la ley. En la condición en que está organizado el notariado en Texas, el impedimento impuesto a los extranjeros funciona como una limitación respecto de un derecho a desarrollar una actividad por la que puede optar todo ciudadano. En la Argentina, en cambio, el número de registros es limitado y, consecuentemente, no todo ciudadano puede desempeñarse como escribano, aunque pueda postular para acceder al registro. Pero, estas postulaciones a plazas limitadas, típicas del empleo público o de los supuestos de licencias, no son a estos fines sujetas a igual

tratamiento que las actividades que no las requieren o que no son contratadas por el Estado. Otro ejemplo de ello son las licencias para operar transmisiones de radio o televisión reglamentadas por la ley 22.285].

Finalmente, con posterioridad al pronunciamiento vertido en “Ambach”, la Corte Suprema de los EE.UU. en “Cabell vs. Chavez-Salido”, 454 US 432, volvió a aplicar la regla proveniente de “Sugarman” para convalidar una ley del estado de California que requería la ciudadanía de los EE.UU. para ser oficial supervisor de condenados bajo el régimen de *probation*, instituto que tiene alguna similitud (aunque grandes diferencias también) con la suspensión del juicio a prueba previsto en los arts. 76 y ss. de nuestro C.P. Este fallo evidencia, por si alguna duda quedaba, que el criterio proveniente de “Sugarman” es amplio, y va más allá de la estricta aplicación al ejercicio de cargos electivos.

4. *El cuestionamiento apoyado en el art. 20 de la C.N.*

El examen de los textos de Alberdi y de la Comisión de Negocios Constitucionales del Congreso General Constituyente de la Confederación Argentina, tanto aquellos mediante los cuales expusieron sus motivos como los proyectados para integrar la Constitución, revela que los derechos civiles garantizados a los extranjeros por el art. 20 abarcan un universo amplio, pero no comprensivo del empleo público. En su concepción originaria, los derechos llamados civiles tienen básicamente la extensión de los contemplados en el *Tratado* de 1825; no una mayor. Y ciertamente no una igual a todo derecho reconocido a un ciudadano a excepción de los políticos. El acceso al empleo público no está en el texto del tratado, y está expresamente excluido por el comentario de Alberdi. Ello no significa que Alberdi creyera nocivo el empleo de extranjeros en la administración estatal. Por el contrario, lo estimaba recomendable en los niveles inferiores. Pero, aún así, no pensó que el constituyente debiese limitar al legislador en la atribución de elegir cuándo y cómo posibilitar ese acceso.

Aunque los autores no enuncian exactamente cuál es el criterio con el que distinguieron los derechos civiles asegurados a los extranjeros de otros asegurados a los habitantes (ciudadanos o no), parece obvio que alguna guía emplearon. A su vez, no hay razones para pensar que esa noción difería de la que pudo tener Alberdi como universo tutelado por su art. 21. Un criterio no enunciado, pero que sin duda encasilla a todos los derechos previstos en el *Tratado* de 1825 es el que distingue los derechos según que protejan recursos introducidos por el extranjero o generados por él localmente, por una parte, o extraídos de fuente local, por la otra. Los traídos por el extranjero del exterior o aquellos otros que hubiera generado en territorio de la Nación, serían protegidos por iguales reglas que

las aplicables a los ciudadanos; mientras que quedarían librado al criterio legislativo establecer diferencias en el acceso a recursos locales, particularmente aquellos a los que se accede a partir de plazas cuyo número se encuentra limitado por la ley. Esto explica que el acceso a un inmueble por medio del alquiler o el dominio fuesen garantizados a los extranjeros —cosa que nos parece tan natural a los argentinos, que olvidamos que existen importantes países en los que los extranjeros sufren limitaciones para acceder a la propiedad inmueble—. También el derecho a disponer por medio de actos a título oneroso o gratuito, *inter vivos o mortis causae*, son garantías que protegen lo traído y lo generado por el extranjero. La posibilidad de acceder al matrimonio sin adoptar la religión católica, además de tutelar valores espirituales inapreciables, posibilitaba a los no católicos, antes de la sanción de la ley de matrimonio civil, el aprovechamiento del régimen de sociedad conyugal y la transmisión *ab intestato* de los bienes. El empleo público, a diferencia de esos otros derechos, posibilita obtener una retribución proveniente del erario estatal, cierto es que a cambio de un servicio. Pero, no debe el intérprete descuidar la circunstancia de que la administración estatal no era (y no es, por muchos) considerada creadora de riqueza (o, si se prefiere, de valor agregado) [Nota: Basta repasar la introducción de *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853* para ver que Alberdi tenía una concepción de la generación de la riqueza a la manera de Adam Smith, en cuya concepción el rol del Estado no es el de creador de riqueza. Además, cuando trata al Estado en la Tercera Parte, denominada “Disposiciones de la Constitución que se refieren al fenómeno de los consumos públicos, o sea de la formación, administración y empleo del Tesoro nacional”, lo hace desde el exclusivo ángulo del gasto. Es interesante a ese respecto el libro III, de su obra *The Wealth of Nations*, titulado “Of the different progress of opulence in different nations”].

Ello sentado, cabe preguntarse si las ideas de la época en que los textos fueron sancionados deben presidir su interpretación actual; en otras palabras, si les cabe una interpretación dinámica. La interpretación dinámica es correctamente concebida, o si se lo prefiere, es oportuna, cuando la aplicación literal de una cláusula redactada en un tiempo lejano (más en sentido tecnológico que cronológico) se vuelve en contra de los fines que la inspiraron; de lo contrario, se convierte en un modo de reforma constitucional, dispuesta por los jueces, que el constituyente, obviamente, no contempló. Naturalmente, a nadie se le ocurriría que es acertado aplicar derechos de tránsito a las aeronaves leyendo *a contrario sensu* el art. 11 de la C.N., porque no es carruaje, ni buque, ni bestia. Una vez asumido que el constituyente impuso la idea de un mercado único donde los bienes

circulasen libremente, la asimilación de una aeronave a cualquiera de los otros medios de acarreo fluye con total naturalidad. Más interesante es el ejemplo de la evolución de la dignidad de la mujer (y también de la del varón) a partir de una evolución de la sociedad. No sería hoy aceptable una sentencia que admitiese la validez de una ley que desconociese el derecho a votar de las mujeres buscando apoyo en cómo concebían a la mujer los redactores de la constitución. El mayor interés deriva de que todos asumimos que los constituyentes de 1853 desconocían a las aeronaves, pero no a las mujeres.

En lo que ahora nos interesa, es obvio que el mundo está más integrado que en 1853. Es obvio también que no existe igual apetito por convocar inmigrantes que el que existía en aquellos tiempos. Pero, la Argentina sigue abierta a los extranjeros, y con un criterio más amplio que el de los europeos, que presidía las disposiciones de los constituyentes (art. 25, C.N., 1853/60). Más aún, está abierta a la integración en espacios, por ahora económicos, más amplios. El texto actual de los incs. 24 y 22 del art. 75 de la C.N., de reciente sanción, muestran que el constituyente ha dirigido la mirada precisamente en esa dirección. Pero, ello no es una razón para instalar una limitación al legislador mayor que la originariamente concebida por Alberdi o por la Comisión de Negocios Constitucionales del Congreso General Constituyente de la Confederación Argentina.

No abrigo dudas acerca de que el futuro va a disipar las fronteras, y no el futuro lejano. El Mercosur compromete la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos [*Nota: Tratado de Asunción, Capítulo I, “Propósitos, Principios e Instrumentos”, art. 1º. — Los Estados partes deciden constituir un Mercado Común, que deber estar conformado al 31/12/1994, el que se denominará “Mercado Común del Sur” (Mercosur). Este Mercado Común implica: La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente; el establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común con relación a terceros Estados o agrupaciones de Estados y la coordinación de posiciones en foros económico-comerciales regionales e internacionales; la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados partes: de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria y de capitales, de servicios, aduanera, de transportes y comunicaciones y otras que se acuerden, a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados partes; el compromiso de los Estados partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integra-*

ción]. Y seguramente no concluirá, con él, el proceso de integración. Sin embargo, levantar espontánea y unilateralmente la frontera no constituye mecanismo que lleve a la integración. Por el contrario, probablemente tendría un efecto inverso. Cuando Alberdi critica las constituciones americanas [Nota: *Las Asambleas Constituyentes Argentinas 1813-1898*, t. VI, 2, p. 772, nota 3: “En la constitución de un país europeo, este capítulo estaría de mas sería insensato tal vez, porque tendería a atraer lo que mas bien le convenia alejar. Hé aquí el motivo porque nuestros copistas no le hallan en los textos constitucionales de Europa. Pero en la constitucion [de] un país desierto sería absurdo no comprenderlo. Su propósito es esencialmente económico; es poblar, activar, civilizar, por los medios desarroyados en los parágs. 14, 15, 16 y 19 de este libro, a cuya lectura remito al lector sobre este punto, Y como fines económicos, reasumen toda la política americana por ahora, se puede decir que esta parte de su derecho constitucional, forma la faccion propiamente, el rasgo distintivo de su carácter orijinal y propio. Por otra parte, él no es una novedad que se trate de introducir recién en la República Argentina; no hace mas que extender a todos los extranjeros lo que ya existe concedido solo a los ingleses, de un modo tan permanente como si lo estuviese en la constitución, — por un tratado, indefinidamente. Si la doctrina es admisible para unos, no hai porque no lo sea para todos. Véase nuestros párrs. 32 y 55. [Nota de Alberdi]” (*sic*)] que brindan derechos a los europeos a condición de reciprocidad, lo hace no como una cuestión de principio sino por la extrema diferencia relativa entre esas repúblicas y aquellas de las que se exigía reciprocidad [Nota: El art. 22 del proyecto de Constitución de Alberdi decía: “[l]a Constitución *no exige* reciprocidad para la concesión de estas garantías a favor de los extranjeros de cualquier país” (la bastardilla me pertenece). Nótese que no prohíbe requerir reciprocidad, sino que simplemente no la exige. De esta forma, pone en manos del legislador la posibilidad de evaluar en cada caso concreto la conveniencia de exigir condiciones de reciprocidad, según de qué nación se trate, según difieran las circunstancias concretas del caso]. Exigiéndola, tenían más para perder que para ganar. Pero, se encuentra implícito, en su discurso, el razonamiento según el cual el aseguramiento de derechos debe fluir en ambas direcciones, así como la conciencia de que la negociación es el camino para arribar a la equivalencia de trato. Esa capacidad de negociar con otros países desaparece cuando la concesión a sus nacionales queda inserta en la Constitución. Para que la negociación sea factible, el legislador debe conservar intacto su poder de decir sí o no, único modo de poder decir: sí, a cambio de.

Esta inteligencia cobra su dimensión adecuada cuando son examinadas sus consecuencias en ámbitos distintos del empleo público. Si se asu-

miera consecuentemente que el extranjero debe recibir igual tratamiento que el habitante, que esta es la interpretación que la actora propone, rápidamente entrarían en crisis, por ejemplo, los sistemas llamados de “compre nacional”, los requisitos relativos a la nacionalidad de los escribanos [Nota: Ley 404, CABA, art. 8º.— Para inscribirse en la matrícula profesional deberán reunirse los siguientes requisitos: a) Ser argentino nativo o naturalizado con no menos de diez años de naturalización], de los licenciarios de radio o televisión [Nota: Ley 22.285, art. 45.— Las licencias son intransferibles y se adjudicaran a una persona física o a una sociedad comercial regularmente constituida en el país (...). Tanto la persona física como los socios de las sociedades, deberán reunir al momento de su presentación al concurso público y mantener durante la vigencia de la licencia, los siguientes requisitos y condiciones: a) Ser argentino, nativo o naturalizado, en ambos casos con mas de diez (10) años de residencia en el país y mayor de edad... e) No tener vinculación jurídica societaria u otras formas de sujeción con empresas periodísticas o de radiodifusión extranjeras. En éste último caso se exceptúa a los titulares de servicios de radiodifusión cuyas licencias hayan sido adjudicadas con anterioridad a la fecha de sanción de la presente ley, salvo cuando se tratase de la única estación privada en la localidad...], y de quienes pueden adquirir propiedades inmuebles en zonas de frontera [Nota: Véase resol. 205/99 Superintendencia Nacional de Fronteras]. Sin duda que cualquiera de estas leyes podrían estar en oposición con la Constitución Nacional o la CCBA, con lo que no cabe tener su sanción como demostrativa de la validez de la que hoy está impugnada. Sin embargo, sí cabe considerarlas por el impacto que sobre ellas tendrá la interpretación del art. 20 de la C.N. que, en definitiva, resulte adoptada.

Otras consideraciones merece la cuestión, a la luz del art. 16 de la C.N. Dicha cláusula garantiza el acceso al empleo público de todo habitante, grupo en el cual, obviamente, están incluidos numerosos extranjeros, pero no todos ellos, “... sin otra condición que la idoneidad”.

También este artículo debe ser examinado a la luz de los pasajes transcriptos de las *Bases*. Mientras el texto y sus antecedentes están indicando que fue vocación de sus redactores abrir la administración pública a los habitantes no ciudadanos, no es dudoso, al mismo tiempo, que ven en la condición de extranjero una razón para poner límites al acceso a ciertos cargos que podríamos llamar sensibles. Esto es transparente en Alberdi, y aunque no lo es tanto en la Comisión de Negocios Constitucionales del Congreso General Constituyente de la Confederación Argentina, el modo en que van variando los textos sugiere que no diferían en cuanto a la concepción general a este respecto. Puede decirse que la misma o similar idea

reflejan pronunciamientos de la Corte Suprema de los EE.UU. en causas como “Bernal vs. Fainter”, 467 US 216, en que, sobre la base de la igual protección legal invalidan leyes que impiden el ingreso de extranjeros al empleo público en cargos no relacionados con el ejercicio del auto gobierno.

En síntesis, el legislador no puede escoger la condición de extranjero por sí sola para impedir el ingreso de un habitante al empleo público. Pero, al mismo tiempo, ser extranjero puede ser relevante para el ejercicio de aquellas funciones en que el compromiso con la Nación requiera un vínculo más intenso y permanente que el que da haber elegido su territorio como asiento del domicilio, en alguna de sus formas.

En nuestro caso, la ordenanza 40.593 establece un régimen de servicio público, una de cuyas finalidades es la prevista en su art. 6° relativa al desarrollo del amor a la Patria y el respeto a los símbolos nacionales [*Nota:* Ordenanza 40.593, art. 6°. — “Son deberes del personal docente, sin perjuicio de los que, particularmente, imponen las leyes, ordenanzas, decretos y resoluciones especiales: a) Sustentar y educar a los alumnos en los principios democráticos y en la forma de Gobierno instituida en nuestra Constitución Nacional y en las leyes dictadas en su consecuencia, con absoluta prescindencia partidaria y religiosa; b) Respetar y hacer respetar los Símbolos Nacionales y desarrollar en los alumnos un acendrado amor a la Patria, inculcándoles el respeto por los derechos humanos y el sentido de la justicia...”. El objetivo de afianzar el amor a la patria, puede verse además en las opiniones vertidas por los distintos concejales al debatirse la ordenanza 40.593. Entre los numerosos ejemplos, puede citarse a modo de ejemplo lo expresado por el concejal Villalba del partido intransigente en el sentido de que: “...Estamos convencidos de que el elevado nivel de instrucción de una sociedad, y una vida científica y cultural bien desarrollada, desempeñan un papel de primer orden en la posición de cada país, y habrá de ser lo que en épocas anteriores fueron las riquezas naturales y luego el desarrollo industrial. Con ello lograremos un total, real y absoluto rompimiento de los lazos de dependencia, de la cual uno de sus más nocivos exponentes es la dependencia cultural y luego la económica... Todos los educadores deben tomar conciencia de que siempre cumplen una función político-social, ya sea contribuyendo a conservar o a transformar la estructura económico política y social... la función social del educador debe ser la de preparar y capacitar a los educandos en el análisis crítico de la problemática histórica económica, política y social del país], la cual, a su vez, está en estrecha armonía con lo previsto en el art. 5° de la ley 24.195 de la Nación (Ley Federal de Educación) respecto del fortalecimiento de la identidad nacional, el afianzamiento de la soberanía y la

consolidación de la democracia [Nota: Ley 24.195 art. 5º.— “El Estado nacional deberá fijar los lineamientos de la política educativa respetando los siguientes derechos, principios y criterios: 1) El fortalecimiento de la Identidad Nacional atendiendo a las idiosincrasias locales, provinciales y regionales; 2) El afianzamiento de la soberanía de la Nación. 3) La consolidación de la democracia en su forma representativa, republicana y federal. 4) El desarrollo social, cultural, científico, tecnológico y el crecimiento económico del país].

“[...] Estas finalidades no han sido cuestionadas, ni lo ha sido la relación entre lo previsto en una y otra ley [Nota: Esta posibilidad de establecer finalidades específicas del servicio de educación brindado por el Estado, o bien de enfatizar en él las finalidades que todo el sistema educativo tenga, aparece también, aunque a propósito de otro problema, en la obra *Ce que nous voile le voile* (Gallimard, 2004) donde Régis Debray vuelca las reflexiones que elaboró en ocasión de integrar una comisión de diecinueve intelectuales independientes convocada el 3 de julio del 2003 por el presidente Jacques Chirac que bajo la conducción de Bernard Stasi debía expedirse acerca de la puesta en ejecución del principio de laicismo teniendo en mira las realidades presentes de la sociedad francesa, en buen romance, el uso del velo por las alumnas de familias musulmanas. Allí alude a la posibilidad de que el laicismo tenga una potencia específica en la escuela pública, habida cuenta de que puede haber escuelas privadas musulmanas (pp. 22 y 37). Me parece particularmente importante tener presente que esta observación está hecha desde la perspectiva de quien aclara que, mientras las opiniones no pueden ser heridas por una refutación, en cambio, las convicciones —y las personas que las sustentan— sí pueden serlo. Es decir, desde una perspectiva de tolerancia que, mientras sostiene la libertad de expresar la refutación, comprende que los seres humanos se pueden sentir heridos por esas refutaciones, y no desatiende este efecto (p. 30). Vale destacar que el legislador nacional también ha previsto el recaudo referido a la ciudadanía en el estatuto docente nacional (art. 13, ley 14.473) [Nota: De hecho, dicho estatuto fue tomado como base para redactar el de los docentes de la Ciudad de Buenos Aires. Ello surge expresamente de los debates parlamentarios correspondientes a la sanción de la ordenanza 40.593, particularmente de las palabras del Concejal Mathov al decir que la ley 14.473 es la columna vertebral de la ordenanza en cuestión, afirmación a cuyo respecto coinciden todos los partidos políticos actuantes]. Habida cuenta de que la meta es difundir entre los alumnos el sentimiento de pertenencia a una sociedad con valores políticos democráticos y cultura plural, y de que ella es una de las que legítimamente puede el legislador adoptar, resta establecer qué relación exis-

te entre esta meta y la exclusión del empleo que pesa sobre los habitantes extranjeros [Nota: Luego de manifestar que el principio de la democracia es la virtud, dado que el gobierno popular debe someterse a la autoridad de la ley, dice Montesquieu: “En el Gobierno republicano se necesita de todo el poder de la educación [...] la virtud política es la renuncia de uno mismo, cosa que siempre resulta penosa. Se puede definir esta virtud como el amor a las leyes y a la patria. Dicho amor requiere una preferencia continua del interés público sobre el interés de cada cual; todas las virtudes particulares, que no son más que dicha preferencia, vienen dadas por añadidura. Este amor afecta especialmente a las democracias. Sólo en ellas se confía el Gobierno a cada ciudadano. Ahora bien, el Gobierno es como todo el mundo: para conservarlo hay que amarlo. Nunca se oyó decir que los reyes no amasen la Monarquía o que los déspotas odiasen el despotismo. Todo depende, pues, de instaurar ese amor en la República, y precisamente la educación debe atender a inspirarlo. Hay un medio seguro para que los niños puedan adquirirlo y es que sus propios padres lo posean” (*El Espíritu de las leyes I*, Sarpe, Madrid, Libro IV, “Las leyes de la educación deben estar en relación con el principio del gobierno”, p. 64)].

Lo que el legislador ha dispuesto transmitir a los alumnos no es un puro conocimiento. Si se tratara, por ejemplo, de que conocieran las ideas políticas o religiosas de un período de la historia, parece evidente que sería inconstitucional exigir al educador un compromiso valorativo, ideológico o militante con el contenido de la información impartida. Pero, cuando se trata, como en el caso, de promover convicciones —y en la medida en que sea legítimo hacerlo—, existe una relación objetiva entre la idoneidad para inducir la idea en el alumno y la participación del educador en la creencia cuya adopción se persigue. Esta relación queda sintetizada por el viejo adagio “predicar con el ejemplo” [Nota: Acerca del valor ejemplar de la personalidad y conducta del docente puede verse el voto concurrente del ministro Enrique S. Petracchi *in re* “Arenzón, Gabriel D. c/Gobierno nacional, Ministerio de Educación —Dirección Nacional de Sanidad Escolar” (*Fallos*, 306:400) al sostener que “es cierto que los docentes del ‘pre-primario’ y ‘primario’ trabajan sobre una circunstancia humana particularmente sensible, y que sus personalidades (no sus meras apariencias) se convierten en modelos de identificación de los niños y los estampan significativamente en su futuro comportamiento social” (consid. 12); asimismo pueden verse los párrafos transcriptos más arriba del caso “Ambach vs. Norwick”].

Es a todas luces evidente que quien es habitante de la Nación, pero no adopta la nacionalidad argentina no obstante tener abierta esa posibilidad, está en una situación en que le resulta difícil ser convincente en la

tarea de inducir el compromiso del alumno con la sociedad argentina [Nota: Régis Debray, en la obra ya citada, se refiere a la escuela como un lugar de *transmisión*, no de comunicación (ob. cit., p. 22). Me parece muy sugerente la idea de *transmitir* a que apela Debray, toda vez que, en una de sus acepciones (el uso engloba todas o buena parte de ellas), “transmitir” significa poner a otro en posesión de aquello que uno tiene. Aplicada a nuestro supuesto, el maestro debe testimoniar su convicción asumiendo la ciudadanía si *transmitir una alta apreciación de ella* es la misión que el legislador le atribuye]. Ello no significa forzar al habitante extranjero a naturalizarse, ni por imperio de la ley ni de la presión económica, puesto que tiene muchos modos de ejercer su profesión sin acudir al empleo público. La categoría con que el legislador ha buscado distinguir entre quienes tienen el compromiso con la idea transmitida y quienes no lo tienen es una categoría que recorta estrictamente el universo de quienes pueden predicar con el ejemplo. Es decir, no se advierte que en la elección de la categoría queden incluidos algunos que no deban serlo por la razón expresada o excluidos otros que estén por ella alcanzados. En otras palabras, la categoría no ha sido arbitrariamente diseñada por el legislador. No se trata simplemente de prohibir ocupar el cargo de docente de escuelas públicas a los extranjeros, sino de establecer un criterio de selección en la contratación estatal directamente vinculado con los fines del servicio.

Los empleos docentes sobre los que pesa esta restricción son variados. En buena parte de sus supuestos, el de los maestros de escuela primaria, el docente es un conductor único de la enseñanza en el grado, de manera que si la nacionalidad es significativa para la transmisión del mensaje, naturalmente es también justificado que sea ella exigida al único transmisor: el maestro. En el caso de los docentes del área de Educación Superior, la situación es algo menos intensa. Mientras el compromiso que la ciudadanía implica puede estimarse relacionado con la enseñanza de la historia, es difícil verlo en el supuesto de la de matemáticas. Sin embargo, es admisible que el legislador vea en todo educador, en mayor o menor grado, un líder espiritual, y en ello puede encontrar razones para requerir el compromiso, especialmente si impartir la idea a que se refieren el art. 6° de la norma legislativa local y 5° de la nacional citados más arriba no es tarea encomendada a una cátedra especializada. Por otra parte, la herramienta de la acción declarativa de inconstitucionalidad no es idónea para resolver situaciones en que un requisito aparece como justificado en la generalidad de los supuestos e impropio en algunos de ellos puesto que la derogación de la norma, o mejor dicho, la de una de sus cláusulas, destruiría un mecanismo predominantemente válido, para atender situaciones excepcionales que podrían ser resueltas por el control difuso. A su vez, la excepción

prevista en el art. 14, inc. a) puede resultar apropiada para resolver este tipo de situaciones.

6. *Precedentes de la CSJN*

Lo expuesto no contradice la doctrina sentada en la causa “Repetto, Inés M. c/Provincia de Buenos Aires” (*Fallos*, 311:2272). En aquel fallo, la Corte examinó la validez del art. 5º inc. a) del Reglamento General de Escuelas Privadas vigente por resol. 2877, la resol. 721 del 23/3/1977 y el dec. 4/80, todos de la provincia de Buenos Aires, que imponían el requisito de nacionalidad argentina para ejercer la docencia (consid. 3º). Aunque esto no ha sido tematizado en el fallo, vale señalar que no se trata, como en nuestro caso, de normas que estén instituyendo las reglas del empleo público docente, puesto que no estaban dirigidas a los docentes estatales, tampoco derivan de la regulación de planes de enseñanza general de los que el Congreso aprueba en ejercicio de la competencia que le asigna el art. 75 inc. 18, C.N. o de la regulación del contrato de trabajo, también nacional, con arreglo al art. 75, inc. 12 de la C.N. Es decir, la exigencia debió ser analizada a la luz de los escasos fines que quedan legítimamente bajo la atención del estado provincial, y que no pueden colidir con los de leyes nacionales. La Nación, en ejercicio de sus potestades, ha posibilitado que la enseñanza en sus tramos obligatorios sea brindada por escuelas de colectividades extranjeras así como por escuelas confesionales. En tales condiciones, la exigencia de ser ciudadano, contenida en normas provinciales, pasa no solamente a ser inexplicable sino frustratoria de las nacionales. Vale recordar que el constituyente tomó en cuenta el importante rol que podían desempeñar los extranjeros en la difusión del conocimiento cuando les garantizó, en el art. 25 de nuestra C.N., el derecho “... a introducir y enseñar las ciencias y las artes...”.

El caso que nos ocupa, a diferencia del precedente “Repetto”, corresponde a un supuesto de regulación por ley del servicio público de enseñanza y, al mismo tiempo, del empleo público docente. No es dudoso que las jurisdicciones locales pueden darse propósitos específicos para sus servicios de enseñanza, al igual que pueden hacerlo las escuelas privadas, en la medida en que cumplan con la legislación nacional que trata la materia. Asimismo, pueden escoger aquellas exigencias que conduzcan a la mayor idoneidad de sus dependientes para cumplir con los fines que la ley 24.195 de la Nación fijan para la enseñanza. Tratándose de la búsqueda de la mayor idoneidad, y no de una incompatibilidad, como en el supuesto del caso “Repetto”, la Legislatura puede disponer que es preferible quien tenga determinado atributo a todo aquel que no lo tenga, sin que esto signifique más que una preferencia. En el caso “Repetto” la norma aparece impidiendo la contratación por la escuela privada aun cuando esta

preferiese al extranjero. Es decir, la norma cercena un derecho que la ley nacional da a la escuela privada.

Asimismo, el estatuto docente local no entra en conflicto con el art. 2º, inc. 8º de la ley 346, que facilita el otorgamiento de la ciudadanía por naturalización a quienes ejerzan el profesorado en cualquiera de las ramas de la educación. Por el contrario, dicha norma es una evidencia de que la voluntad legislativa nacional ha consistido siempre en contar con docentes argentinos en las escuelas, presumiblemente a efectos de generar la necesaria cohesión nacional (sobre todo en esa época). Por aquellos tiempos, el legislador decidió facilitar la adopción de la ciudadanía nacional por parte de los docentes extranjeros que era necesario “importar”, dada la escasez de recursos humanos idóneos y nacionales. La ley 346 intentaba generar las facilidades e incentivos para que dichos docentes adoptaran la ciudadanía argentina, ni más ni menos. Paralelamente, los puestos públicos estaban abiertos a extranjeros por decisión del mismo legislador. Ahora bien, las circunstancias han cambiado, y hace tiempo ya que abunda lo que antes escaseaba. En dicha tesitura, y al amparo de la Constitución Nacional, bien pudo el legislador valerse de los recursos humanos nacionales a efectos obtener el fin de consolidar la identidad nacional en las escuelas, presente ya en la ley 346, como quedó explicado. Por lo tanto, la voluntad del Congreso Nacional, plasmada en la ley 346, no difiere de la del legislador local, plasmada en la ordenanza 40.593. A mayor abundamiento, manteniendo la validez de la ordenanza impugnada, subsiste la posibilidad de valerse del art. 2º, inc. 8º de la ley 346 para facilitar la naturalización a los extranjeros, toda vez que pueden enseñar en escuelas privadas, y podrían además estar abarcados por la excepción referida a la educación superior contenida en el art. 14, inc. a) impugnado. Por otra parte, y para finalizar con este aspecto del asunto, cabe destacar que el legislador nacional al que se le pretende imputar la voluntad de autorizar a los extranjeros a enseñar en escuelas públicas a la par de los nacionales, ha sido quien sancionó la ley 14.473 que expresamente excluye a los extranjeros para el ámbito nacional.

Por otra parte, el criterio que vengo exponiendo tampoco contradice la doctrina sentada en las causas “Hooft, Pedro Cornelio F. c/provincia de Buenos Aires” (*Fallos*, 322:3034) y “Rocío Calvo y Pesini vs. Provincia de Córdoba” (*Fallos*, 321:194). En “Hooft” la CSJN declaró la inconstitucionalidad del art. 177 de Constitución de la Provincia de Buenos Aires, en cuanto requiere ser ciudadano nativo o hijo de un ciudadano nativo para acceder al cargo de juez de cámara. El actor era un ciudadano argentino naturalizado. La categoría fulminada no era excluyente de los no ciudadanos, sino excluyente de muchos ciudadanos, a saber, los naturaliza-

dos. Por su parte, en “Rocío Calvo” se declaró la inconstitucionalidad del art. 15, inc. a) de la ley 7625 de la provincia de Córdoba que exigía la ciudadanía argentina para ingresar como personal permanente al régimen del “equipo de salud humana”. Por aplicación de dicha norma, a la actora, ciudadana española, se le impidió desempeñarse como psicóloga en el Hospital Neuropsiquiátrico de la ciudad de Córdoba bajo el régimen de suplencias (art. 13, ley 7625). Quedó acreditado en la causa que Rocío Calvo se hallaba radicada en la República Argentina de manera permanente desde al menos cinco años antes, obtuvo el reconocimiento de su título de licenciada en psicología, validado ante la Universidad nacional de Córdoba, se matriculó en el Colegio de Psicólogos de la Provincia, cumplió, durante el lapso de tres años, con la Concurrencia Programada Interdisciplinaria en Salud Mental en el Hospital Neuropsiquiátrico Provincial, programa de formación de posgrado que otorga puntaje para la calificación prevista en la ley 7625 (cuyo art. 15, inc. a) se impugnara), luego se desempeño como psicóloga en ese hospital durante poco más de tres años en tareas no remuneradas, como psicóloga suplente con guardia interdisciplinaria durante casi un año más, tras lo cual siguió prestando servicios declarados de legítimo abono en el programa de atención primaria de la salud. Además, se había casado con un argentino.

La Corte, tras recordar el principio general según el cual “...la aptitud técnica, física y en particular la moral configuran exigencias de carácter genérico en tanto otras, *como la ciudadanía, lo son para determinadas funciones...*”, y con mención expresa de las condiciones de hecho que rodeaban el caso, a las que me referí más arriba, señaló que la demandada no había hecho más que realizar afirmaciones dogmáticas sin acreditar un interés estatal que justificara excluir del ejercicio del arte de curar a una persona en las condiciones de la actora.

En el caso que aquí nos ocupa, no sólo la Procuración General de la Ciudad desarrolló razones que justificar el requerimiento, sino que además, las razones están plasmadas en el debate de la ordenanza en cuestión, y el texto mismo de dicha ordenanza (art. 6º, inc. b), que encuentra, a su vez, correlato en las leyes que tratan la materia a nivel nacional.

Finalmente, vale recordar que la CSJN ha convalidado leyes que distinguían por razón de nacionalidad y hasta de origen. A modo de ejemplo, en *Fallos*, 290:83 la CSJN declaró la constitucionalidad del Reglamento de Practicaje y Pilotaje para Ríos, Puertos, Pasos y Canales de la República Argentina (dec. 8823/69), en cuanto no permitía a los argentinos naturalizados ejercer la función de prácticos. Si bien el caso no es completamente análogo al de los docentes, por tener los prácticos de puerto una función vinculada a la soberanía y la seguridad de la Nación, resulta ilus-

trativo el consid. 8 del fallo que sostiene que “[...] en nuestro sistema constitucional no hay derechos absolutos. Ellos deben ejercerse conforme con las leyes que los reglamentan, las cuales pueden establecer —con la limitación que prevé el art. 28 de la C.N.— requisitos acerca de la idoneidad exigible para el desempeño de empleos y funciones (art. 16, C.N.). Y atentas las características del servicio de practicante [...] la exigencia de ser argentino nativo o por opción [...] no resulta arbitraria o irrazonable, *aunque su fundamento sea opinable*” (el destacado me pertenece). En el pasaje citado puede verse cómo aún tratándose de razones de origen (más restrictivas aún que las de nacionalidad), la CSJN admitió como justificación un fundamento que consideraba opinable, criterio claramente más laxo que el propuesto por la actora en su demanda.

7. La violación del art. 11 de la CCBA

Las razones expresadas en los considerandos anteriores, particularmente los referidos al art. 16 de la C.N., conducen al rechazo del agravio en cuestión. Admitida la finalidad perseguida por la normativa cuestionada, y en la medida en que la inducción de un sentimiento de pertenencia a una nación (art. 5º, ley 24.195) o el amor a la patria (art. 6º, ordenanza 40.593,) no son conocimientos que puedan ser absorbidos y retransmitidos, sino que son emociones a cuyo respecto es razonable exigir que sean compartidas para poder inducir las en otras personas, la categoría de ciudadano está recortada con la medida exacta de lo que se persigue, que es precisamente, el orgullo o la satisfacción por ser un ciudadano de esta nación. Es sumamente importante notar que el requisito es el de ser ciudadano, y que la exclusión no está dirigida a ciertos extranjeros, o a naturalizados pero de ciertas procedencias u orígenes, categorías que serían inadmisibles para el caso.

8. La violación del art. 1º de la Convención Americana de Derechos Humanos

La actora sostiene que el art. 14 inc. a) de la ordenanza 40.593 viola el art. 1º de la CADH que dice así: “Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Luego, ilustra acerca de la doctrina relativa a la igualdad, sentada por tribunales internacionales de elevada autoridad en el tema. Pero, no muestra que el derecho de que aquí se trata —acceso a un cargo docente

estatal— esté comprendido en la convención, y la prohibición de discriminar a que se refiere el art. 1º invocado está limitada a “los derechos y libertades reconocidos en ella”; o más específicamente, las categorías sospechosas lo son respecto de esos derechos y garantías, mientras que pueden serlo o no a los fines de otros derechos y libertades no tutelados allí.

No resulta ocioso recordar que las categorías a cuyo respecto el legislador establece distinto tratamiento son sospechosas o no según el derecho a cuya reglamentación se refiera. Así, ricos y pobres podrá tener un sentido en materia tributaria y otro distinto en materia de libertad de expresión.

Por otra parte, y a mayor abundamiento, en lo que a la garantía de la igualdad respecta, resultan aplicables todas las consideraciones hechas *ut supra*.

9. La jurisprudencia de la Corte Europea de DDHH citada por el actor

En apoyo de su argumentación relativa a la violación de la garantía de igualdad ante la ley, la actora cita diversos precedentes de la Corte Europea de DDHH. Dichos precedentes no están en pugna con el criterio aquí expuesto. En todo caso, lo confirman.

Ninguno de los casos citados por el actor se refiere supuestos de discriminación por razón de la nacionalidad en el ámbito del empleo público, ni por ende en el ámbito de puestos sensibles dentro de dicho empleo. Tampoco se refieren a supuestos de discriminación de extranjeros en relación a contrataciones con el Estado para las cuales exista un cupo limitado de participantes. Más precisamente, en seis de los ocho casos citados, los actores son nacionales del país al que demandan, y sólo uno de los casos citados es relativo al empleo público (entendido en un sentido muy amplio, dado que se trata de las fuerzas armadas), pero en dicho caso la alegada discriminación era por razones religiosas, no de nacionalidad [Nota: A continuación describo someramente los casos en los que no había presunta discriminación por razones de nacionalidad. En “Wessels vs. The Netherlands” (4/6/2002) la actora era ciudadana de Holanda, el país demandado, y se le había reducido un beneficio social (pensión) por su estado civil (casada). En “Larkos vs. Cyprus” (18/2/1999), el actor, también ciudadano del país demandado, reclamó la aplicación de la Ley de Control de Alquileres, prevista para locaciones entre particulares, a su caso en el que el Estado era el locador. En “Thlimmenos vs. Greece” (6/4/2002) al actor, ciudadano del país demandado, se le denegó la designación como *chartered accountant*, un puesto dentro de las fuerzas armadas, sobre la base de que había sido condenado criminalmente por desobede-

cer una orden inducido por motivos religiosos. En “L. and V. vs. Austria” (9/1/2003) los actores, ciudadanos austríacos, reclamaban la invalidez del art. 209 del C.P. austríaco en cuanto prohibía a un adulto mantener relaciones homosexuales con personas de entre 14 18 años de edad. En “Chassagnou y otros vs. France” (29/4/1999), los actores, tampoco fueron discriminados por razones de extranjería, sino en razón del tamaño de sus terrenos, a efectos hacerlos formar parte compulsivamente de una sociedad que administraría sus derechos de caza, los que eran también compulsivamente transferidos a la mencionada sociedad. Por último, en “Mazurek vs. France” (1/2/2000) la clase discriminada era la de hijos ilegítimos, quienes se veían privados de ciertos derechos, reservados a los hijos legítimos por la legislación cuestionada. Como puede verse, poca relación guardan estos casos con el supuesto de hecho y derecho en cuestión en las presentes actuaciones. Lejos de refutar el criterio que venimos exponiendo hasta aquí, son perfectamente compatibles con él].

Merecen una mención específica los casos “Gaygusuz vs. Austria” (16/9/1996), y “Abdulaziz, Cabales y Balknadaly vs. United Kingdom” (28/5/1995). En “Gaygusuz”, el actor impugna, con favorable acogida de la Corte, una norma que le deniega, en virtud de su condición de extranjero, la posibilidad de acceder a la jubilación anticipada por invalidez, prevista sí para los nacionales. Esta solución en nada contradice el criterio expuesto en este voto. No se trata de un cargo público, ni tampoco del acceso a recursos públicos ofrecidos en base a plazas limitadas. Muy por el contrario, tratándose del sistema previsional, en definitiva la excepción destinada exclusivamente a los extranjeros los privaba de sus propios recursos previsionales, en un supuesto en el que al resto de la población se le entregaba. No había razones que avalaran tal discriminación, y esto se condice con el criterio aquí expuesto.

El caso “Abdulaziz”, es aún más disímil. En lo que a nuestro caso importa, en él fue impugnada cierta legislación inmigratoria (*1980 Rules*), debido a que sólo permitía a las ciudadanas inglesas establecer en el país a su marido extranjero si ellas o sus padres eran nativos del Reino Unido. Los únicos agravios relacionados con el caso que aquí nos ocupa, eran los referidos a la supuesta discriminación por razones de origen y raza. En cuanto a las razones de origen, análogas a las alegadas en el caso “Hoof” (ya citado en el consid. 5), aun siendo ellas de más difícil justificación para el gobierno, la Corte Europea desechó el agravio. En el consid. 88 dijo que “[e]s cierto que una persona que, como la Sra. Balkandali, ha estado establecida en un país por varios años puede también haber formado estrechos lazos con él, aun si no nació allí. No obstante, *existen en general razones sociales persuasivas para dar un tratamiento especial a*

aquellos cuyo vínculo con el sistema del país es consecuencia de haber nacido en él. La diferencia de tratamiento debe entonces ser considerada como habiendo tenido una justificación objetiva y razonable, y, en particular, no ha sido demostrado que sus resultados transgredan el principio de proporcionalidad. Esta conclusión no es alterada por el hecho de que las reglas de inmigración fueran luego reformadas en este punto” (la bastardilla me pertenece) [Nota: “It is true that a person who, like Mrs. Balkandali, has been settled in a country for several years may also have formed close ties with it, even if he or she was not born there. Nevertheless, there are in general persuasive social reasons for giving special treatment to those whose link with a country stems from birth within it. The difference of treatment must therefore be regarded as having had an objective and reasonable justification and, in particular, its results have not been shown to transgress the principle of proportionality. This conclusion is not altered by the fact that the immigration rules were subsequently amended on this point”]. En cuanto al agravio relativo a la discriminación por razones de raza, dijo que también debía descartarse toda vez que la legislación no tenía una motivación racial, sino que “el principal y esencial propósito de las 1980 Rules era restringir la ‘inmigración primaria’ para proteger el mercado laboral en un tiempo de alto desempleo” [Nota: “The main and essential purpose of the 1980 Rules was to curtail ‘primary immigration’ in order to protect the labour market at a time of high unemployment”]. En síntesis, la condena a la discriminación por ciudadanía no existe como principio inconcuso sino que tiene lugar sólo cuando no viene justificada por la consecución de una finalidad legítima.

10. *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia*

Invitados a tomar ejemplo de los precedentes emanados de los máximos tribunales europeos, cabe destacar algunos precedentes del tribunal Europeo de Justicia. En ellos puede verse cómo dicho tribunal ha convalidado en numerosas ocasiones legislación comunitaria que requería la calidad de ciudadano para ocupar un cargo público. Por ejemplo ha sostenido que “[d]e la combinación de los arts. 7º y 27 del estatuto de los funcionarios, surge que la designación, la promoción y el destino de sus agentes, la Comisión debe, por una parte, inspirarse en el interés del servicio con independencia de la nacionalidad y, por la otra, asegurar que el reclutamiento respete una base geográfica tan amplia como sea posible entre los ciudadanos de sus estados miembros de las Comunidades. La Comisión concilia esos imperativos cuando en el caso en los títulos de los diferentes candidatos sean sensiblemente equivalentes, hace jugar a la nacionalidad el rol de criterio de preferencia a fin de mantener o de res-

tablecer el equilibrios geográfico en su planta” [*Nota: Arrêt du 6 mai 1969, Reinarz/Commission (17-68, Rec. _p._00061)*]: “Il résulte de la combinaison des articles 7 et 27 du statut des fonctionnaires que pour le recrutement, la promotion et l’affectation de ses agents la Commission doit, d’une part, s’inspirer de l’intérêt du service sans considération de nationalité et, d’autre part, assurer un recrutement sur une base géographique aussi large que possible parmi les ressortissants des Etats membres des Communautés. La Commission concilie ces impératifs lorsque, au cas où les titres des différents candidats sont sensiblement équivalents, elle fait jouer à la nationalité le rôle de critère préférentiel afin de maintenir ou de rétablir l’équilibre géographique au sein de son personnel”]. Como este caso, pueden citarse muchos otros [*Nota: A modo de ejemplo puede verse lo resuelto en Arrêt du 29 mai 1997, Contargyris/Conseil (T-6/96, RecFP _p._II-357) (conf. points 134-135)*]: “[I]a regla del art. 27, tercer párrafo, del estatuto según la cual ningún empleo debe ser reservado a los ciudadanos oriundos de un Estado miembro determinado, debe ser respetada en el cuadro de todos los procedimientos de reclutamiento previstos por el art. 29 del estatuto, incluso para las designaciones de funcionarios de grado A1 y A2 según el procedimiento tenido en mira en el art. 29, párrafo 2. En efecto, si el art. 27, primer párrafo, del estatuto prevé que el reclutamiento debe ser realizado sobre una base geográfica tan amplia como sea posible entre los ciudadanos oriundos de los estados miembros, no autoriza a la administración a reservar un puesto a un ciudadano de una nacionalidad dada si eso no está determinado por razones del servicio”. El texto original en francés reza: “La règle de l’article 27, troisième alinéa, du statut, selon laquelle aucun emploi ne doit être réservé aux ressortissants d’un État membre déterminé, doit être respectée dans le cadre de toutes les procédures de recrutement prévues par l’article 29 du statut, y compris lorsqu’il est procédé au recrutement de fonctionnaires de grade A1 ou A2. En effet, si l’article 27, premier alinéa, du statut prévoit que le recrutement doit s’effectuer sur une base géographique aussi large que possible parmi les ressortissants des États membres, il n’autorise pas pour autant l’administration à réserver un poste à un candidat d’une nationalité donnée, sans que cela soit justifié par des raisons ayant trait au fonctionnement des services. Asimismo, puede verse lo resuelto en *Arrêt du 4 mars 1964, Lasalle/Parlement (15-63, Rec. _p._00057)*: “El interés del servicio y el respeto de la carrera quedarían comprometidos si la administración, a fin de asegurar el equilibrio geográfico, pudiese reservar un puesto a una determinada nacionalidad, sin que eso esté justificado por razones vinculadas al funcionamiento de sus servicios. No es empero incompatible con estas exigencias y con la prohibición de discriminar sobre la base de la

nacionalidad que la administración en caso en que los títulos de los diferentes candidatos sean sensiblemente equivalentes haga jugar a la nacionalidad el rol de criterio de preferencia cuando ello es necesario para mantener o restablecer el equilibrio geográfico en su planta. El texto en francés reza: “L’intérêt du service et le respect de la vocation à la carrière seraient compromis si l’administration, aux fins d’assurer l’équilibre géographique, pouvait réserver un poste à une nationalité déterminée, sans que cela soit justifié par des raisons ayant trait au fonctionnement de ses services. Il n’est cependant pas incompatible avec ces exigences et avec l’interdiction de discriminations basées sur la nationalité que l’administration, au cas où les titres des différents candidats sont sensiblement équivalents, fasse jouer à la nationalité le rôle de critère préférentiel lorsque cela est nécessaire pour maintenir ou rétablir l’équilibre géographique au sein de son personnel”], Si bien no encontramos un ciudadano extracomunitario reclamando su derecho a no ser discriminado, vemos a las claras cuál es la política imperante en la Unión Europea en materia de empleo público y cuál el alcance de la protección de normas de jerarquía supranacional.

Tal como evidencian los fallos referenciados, cuando las numerosas disposiciones contenidas en los diversos tratados que dieron lugar a lo que hoy es la Unión Europea, culminando por la Constitución Europea, (si bien aún no ha sido refrendada por la totalidad de los países de la unión), prohíben la discriminación por razones de nacionalidad, se están refiriendo pura y exclusivamente a los nacionales de la unión, poniéndolos al resguardo de la discriminación que un Estado miembro haga respecto de los ciudadanos de los demás países miembros. Es decir, es un fenómeno similar a requerir ciudadanía de una provincia para ser empleado público de ella. No se refieren a la protección de los ciudadanos extracomunitarios. Como ejemplo de ello, puede verse en el Estatuto de los Funcionarios de las Comunidades Europeas que requiere la ciudadanía de alguno de los países miembros a efectos de ser nombrado funcionario [*Nota: Art. 28.*— “Sólo podrán ser nombrados funcionarios las personas que cumplan las condiciones siguientes: a) que sean nacionales de uno de los Estados miembros de las Comunidades, salvo excepción acordada por la autoridad facultada para proceder a los nombramientos, y que esté en pleno goce de sus derechos políticos...”], o la Directiva Relativa al Establecimiento de un Marco General para la Igualdad de Trato en el Empleo y la Ocupación, que expresamente dispone que dicha directiva no se aplica a la discriminación por motivos de nacionalidad [*Nota: Art. 3º, inc. 2º.*— “La presente Directiva no afectará a la diferencia de trato por motivos de nacionalidad y se entenderá sin perjuicio de las disposiciones y condiciones por las que se regulan la entrada y residencia de nacionales de terceros países y de

apátridas en el territorio de los Estados miembros y del trato que se derive de la situación jurídica de los nacionales de terceros países y de los apartidas”.

11. *La excepción del art. 14, inc. a) de la ordenanza 40.593, reformado por ley 668*

La ley 668 Introdujo en el art. 14, inc. a) de la ordenanza 40.593 la posibilidad de disponer, respecto de la regla de la ciudadanía, una excepción, concebida en estos términos: “[e]n el Área de Educación Superior podrán admitirse extranjeros cuando razones de idoneidad así lo requieran, debiéndose fundamentar tal circunstancia en el acto de designación”.

La actora cuestiona la regla sobre la base de afirmar que se trata de una *inadmisibile* delegación de facultades legislativas, tanto por infringir lo previsto en los arts. 19, 76 y 99 inc. 3° de la C.N., 10, 84 y 103 de la CCBA, como por la ausencia de objetivos que delimiten de un modo suficiente la actuación de la administración.

La circunstancia de estar prevista en una ley no convierte la facultad otorgada a la administración en una de naturaleza legislativa. En verdad, la inmensa mayoría de las facultades de la Administración provienen de la ley, sin que queden privadas por ello de su naturaleza administrativa. Más aún, el poder legislativo no puede asumir, en el diseño constitucional propio de la división de poderes, funciones administrativas. Las muy limitadas funciones de esta especie que tiene la Legislatura —designar sus empleados o contratar los suministros que demanda el cumplimiento de sus tareas, etc.— son las que le sirven como funciones de apoyo para asegurar su propia independencia. Pero, no puede ejercer otras genéricas del GCBA.

No ha sido tradición en nuestro medio la invasión del ámbito administrativo por asambleas legislativas. Por ello, no encuentro mejor ejemplo que el de la causa “INS vs. Cada”, 462 US 919, en que la Corte Suprema de los EE.UU. fulminó el llamado veto legislativo, es decir, la disposición legislativa que permitía a cualquiera de ambas cámaras revisar la decisión administrativa de hacer excepción a la deportación de un extranjero cuando el extranjero susceptible de ser deportado reuniese, según verificación hecha por la administración, ciertas condiciones, y la deportación lo expusiera a extrema penuria. En igual sentido ilustra la cuestión lo resuelto en “Bowsher vs. Synar”, 478 US 714.

En lo que hace a nuestro caso, la mejor demostración de que la facultad de hacer excepciones no es legislativa es suponer qué ocurriría si fuera asumida, o en la hipótesis más exacto sería decir reservada o reasumida, por la Legislatura. Pondría al legislador a hacer excepciones concebidas para personas concretas, excepciones a una norma general, por ende, írritas; y asimismo a administrar escuelas públicas designándoles docentes.

La facultad acordada a la administración no es sino la de ponderar, en situaciones particulares, a la manera de un análisis costo-beneficio, cuál es la relación de la exigencia general de ciudadanía a los fines de cubrir un cargo en un nivel de enseñanza, el superior, en el cual concurren, en distinta medida que en la enseñanza de nivel inferior, un nivel de maduración elevada de los alumnos con mayor escasez de docentes capacitados suficientemente o, más aún, la utilidad de buscar el máximo nivel de excelencia y originalidad en el docente. Para esos cargos, el legislador abandona la estricta aplicación de una pauta objetiva limitativa de la discrecionalidad de la administración, a favor de una evaluación más detallada dirigida siempre a la consecución de los fines del servicio de enseñanza para el cual es convocado el docente. La consecución de estos fines del servicio está permanentemente a cargo de la administración y no requieren por ello especificación para el caso de la excepción. Es decir, no existen razones para que el legislador que delega establezca objetivos políticos a la manera de los requeridos por la Corte Suprema en la causa “Prattico c/Basso” (*Fallos*, 246:345).

De ello se desprende que no existe violación a los arts. 10, 84 y 103 de la CCBA. Las mismas razones son aplicables con relación a los arts. 19, 76 y 99 inc. 3º de la C.N., respecto de los que cabe agregar que no pueden resultar violados en el presente caso porque no están en juego facultades del Poder Ejecutivo Nacional, ni son aplicables esas normas al jefe de Gobierno local.

12. Por las consideraciones expuestas, considero que la acción debe ser rechazada.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

I. Los accionantes impugnán la validez constitucional de la ley 668 (modificatoria de la ordenanza 40.593) por considerar que, al exigir la nacionalidad argentina para el ingreso a la docencia pública, afecta los arts. 16 y 20 de la C.N. y 11 de la CCBA. En el caso de la Educación Superior, dispone que los extranjeros podrán ingresar cuando razones de idoneidad así lo requieran y siempre que se fundamente esta circunstancia en el acto de designación.

II. Para decidir acerca de la validez constitucional de la normativa impugnada es menester analizar los artículos que la parte actora dice vulnerados, interpretándolos para determinar su real alcance y sentido con vinculación al ejercicio de las funciones docentes en el ámbito de educación pública de la Ciudad.

El art. 20 de la C.N. garantiza a los extranjeros el goce de todos los derechos de naturaleza civil en igualdad con los ciudadanos, disponiendo

que no están obligados a adquirir la ciudadanía ni a pagar contribuciones extraordinarias. Por su parte, el art. 16 prescribe que todos los habitantes son iguales ante la ley y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad.

El art. 11 de la CCBA garantiza —en forma ampliada, pues enumera distintos supuestos de discriminación que no admite—, la igualdad ante la ley reconocida a nivel nacional.

III. La norma atacada regula el ejercicio de la docencia inicial, primaria y superior en el ámbito público de la Ciudad de Buenos Aires y la índole de esta función no es una cuestión menor.

La educación pública constituye un servicio que se presta desde el Estado, destinado a la formación integral de los educandos. Por su índole y relevancia en la socialización primaria de los individuos que componen la población infanto-juvenil del país, puede afirmarse que los gobiernos locales y el nacional tienen especial interés en establecer una determinada política pública en la materia, así como en determinar quiénes, con qué condiciones y bajo qué modalidades serán los encargados de llevarla adelante con estricta sujeción a los fines que se propone.

IV. Dentro de las disposiciones contenidas en la Constitución Nacional es necesario distinguir las que se refieren a los habitantes, dentro de las cuales se encuentra el art. 20; de las que se refieren a los ciudadanos, dentro de las cuales se imponen obligaciones como la prevista en el art. 21 y el ejercicio de los derechos de naturaleza política, especialmente los de índole electoral.

Esta distinción, efectuada desde la norma fundamental del Estado, no hace sino verificar que, cuando el art. 16 establece la igualdad de todos los habitantes ante la ley, debe entenderse en el sentido que lo hace la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es decir de “igual trato ante igualdad de circunstancias”. La discriminación prohibida e inadmisibile se verifica cuando —en forma arbitraria e irrazonable—, por motivo de raza, religión, sexo, condición social u otras, se vulnera la igualdad de trato entre quienes se encuentran en paridad de condiciones.

El art. 20 de la C.N. garantiza a los extranjeros el ejercicio de todos los derechos *civiles*, es decir aquéllos propios de esa rama del derecho, que comprende esencialmente las relaciones propias del ámbito privado. Para mayor claridad, el artículo enumera ejemplificativamente, algunos de ellos, a saber: ejercer industria, comercio o profesión; comprar y vender bienes inmuebles; navegar por los ríos y costas; ejercer su propio culto; hacer testamento y contraer matrimonio. Por supuesto, todo ello conforme las leyes que reglamentan su ejercicio (art. 28 y 33, C.N.).

La Constitución Nacional no prescribe ni impone igual trato entre extranjeros y nacionales cuando se refiere al ejercicio de derechos políticos, para los cuales en forma expresa requiere la condición de ser argentino (arts. 48, 55, 89 y 111), limitación que también se encuentra prevista a nivel local (arts. 62, 70, 97 y 112, CCBA), aunque, por excepción, se permite al extranjero residente votar (art. 62, párr. 2º, CCBA). Tampoco lo exige cuando se trata de derechos de índole mixta o parcialmente política, como es el caso del desempeño de una función pública —administración de justicia, servicio exterior, fuerzas armadas, de seguridad, administración de aduanas y puertos y otras— mediante cargos jerárquicos y de responsabilidad vinculados a la soberanía o con el desarrollo de políticas públicas para los cuales se requiere arraigo y compromiso con la Nación. En estos casos la Constitución difiere al Congreso (art. 75, inc. 19) o al Poder Ejecutivo (99, incs. 2º y 7º) la determinación de los requisitos para el desempeño de las diversas funciones. Estas condiciones, formalmente y de cara a la sociedad, más allá de la valoración concreta que pueda existir en cada caso particular, componen la “idoneidad” que exige el art. 16 de la C.N.

La distinción apuntada se refleja en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, que integra tanto la Constitucional Nacional, como la de la Ciudad de Buenos Aires. Este tratado dispone genéricamente en su art. 26 que: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”, en tanto en el art. 25 establece que: “Todos los *ciudadanos* gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el art. 2º, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de los representantes libremente elegidos;
- b) votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;
- c) tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”

Se advierte claramente el diferente tratamiento cuando se refiere a “todas las personas” y cuando lo hace con relación a “todos los ciudadanos”. A todos los que habitan un territorio se les garantiza en forma am-

plia y genérica que no habrá discriminación y, por otro lado, específicamente, se refiere a los derechos que tienen los nacionales, entre los que se menciona “tener acceso...a las funciones públicas de su país”, prerrogativa que no reconoce a los extranjeros y que no puede considerarse comprendida en la norma del art. 26 en tanto ello privaría de sentido la inclusión del art. 25.

A la luz de la interpretación armónica de la Constitución Nacional y del Pacto, que alcanza incluso al art. 11 de la Constitución local, no cabe duda de que cuando se trata de ejercer determinadas funciones vinculadas con la soberanía, la seguridad, o de llevar adelante políticas públicas que involucren un interés de contenido vital para la Nación, el Poder Legislativo se encuentra habilitado a exigir, como componente de la idoneidad, la condición de ciudadano argentino, siempre y cuando la reglamentación no vulnere los límites de la razonabilidad en orden a los fines perseguidos o no se la utilice con fines persecutorios u hostiles.

V. La interpretación de las normas constitucionales no puede efectuarse aisladamente, sino que debe analizarse el conjunto como un todo armónico, dentro del cual cada disposición ha de valorarse de acuerdo con el contenido de las demás y de los instrumentos internacionales que lo integran.

De acuerdo a lo expuesto en el considerando precedente, entiendo que el análisis de la cuestión planteada por la actora no pasa por determinar si se ve menoscabado o no el art. 20 de la C.N. No está en tela de juicio que los extranjeros gozan en el territorio de la República Argentina de todos los derechos civiles del ciudadano. Sobre este punto no existe duda alguna, ni podría haberla, atento la contundencia del texto constitucional.

El juicio de validez de la norma impugnada debe ser considerado a la luz de lo dispuesto por el art. 16 de la C.N. en cuanto dispone que: “todos sus habitantes son iguales ante la ley y admisibles en sus empleos sin otra condición que la idoneidad”.

La igualdad ante la ley, principio esencial de nuestro sistema constitucional, no guarda correspondencia ni puede ser identificado con la idoneidad a la que se refiere el artículo. Mientras la igualdad garantizada se refiere a la inadmisibilidad de discriminación alguna para una categoría o grupo de habitantes en razón de sus características personales, la idoneidad supone un conjunto de requisitos de distinta naturaleza que pueden ser instituidos por las leyes o los reglamentos. No se trata de un concepto genérico, como lo es el de igualdad, sino de un conjunto de condiciones exigidas para el ejercicio de los empleos, cuya razonabilidad debe ser ponderada en cada caso concreto con relación a la diversidad de las funciones y tareas a desempeñar.

En particular, y tal como lo señala el juez Casás en un pronunciamiento anterior, la condición de la nacionalidad argentina como requisito constitutivo de la idoneidad en materia de empleo público, no constituye una excepción sino la regla (conf. *CyJ, Fallos TSJBA*, II-2000, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 154 y ss., en: “Gottschau, Evelyn Patrizia c/Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo s/recurso de queja”, expte. n° 361/00, resolución del 20/6/2000, voto del Dr. Casás). También Marienhoff destaca que, tanto en el derecho comparado como en el provincial argentino, se presentan numerosos casos en los que se exige la nacionalidad como requisito para el desempeño de cargos públicos (MARIENHOFF, Miguel S.: *Tratado de derecho administrativo*, 4ª ed actualiz., reimp., t. III-B, p. 124).

Parte de la doctrina administrativista considera al de la ciudadanía como uno de los presupuestos de la idoneidad para el desempeño de determinados cargos públicos (conf. VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín: *Derecho administrativo*, t. III, TEA, Buenos Aires, 1951, p. 367; DIEZ, Manuel M.: *Manual de derecho administrativo*, t. 2, 4ª ed., Plus Ultra. Buenos Aires, 1985, p. 94.)

Bielsa ha sostenido: “...las leyes pueden establecer el requisito de la ciudadanía para el ejercicio de funciones como las políticas y las judiciales, y para las que siendo de índole administrativa presuponen un sentido político (en alto concepto de lo político), porque implican una dirección superior de la Administración...” (conf. BIELSA, Rafael: *Derecho administrativo*, 5ª ed., t. II, Depalma, Buenos Aires, 1956, p. 85.).

Al pronunciarme sobre la constitucionalidad del requisito de la nacionalidad argentina para admitir la presentación de un postulante extranjero en un concurso de cargos judiciales, sostuve que no se vulnera la igualdad establecida en la Constitución “...cuando se exige la condición de nacional para ocupar un puesto de funcionario en uno de los poderes de gobierno del Estado local; pues el mandato de igualdad en la formulación del derecho no significa ni que el legislador tenga que colocar a todos en las mismas posiciones jurídicas, ni que tenga que procurar que todos presenten las mismas propiedades naturales, se encuentren en las mismas situaciones fácticas, deban ser tratados exactamente de la misma manera y deban ser iguales en todos los aspectos (ALEXY, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 384 y 385, citado en la causa “Gottschau, Evelyn Patricia c/Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo s/recurso de queja”, expte. n° 361/00, 20/6/2000).

En su escrito inicial, la accionante hace mérito de esta causa en la cual la mayoría del tribunal se pronunció por la constitucionalidad del

reglamento de concursos cuestionado, admitiendo el criterio sustentado pero indicando que: “es fácil advertir que dicho cargo, a diferencia de lo que ocurre con un docente, supone el ejercicio de *funciones específicamente estatales*, lo cual hace plausible sostener que *no involucra el ejercicio de un derecho civil en los términos de los arts. 14 y 20 de la C.N.*”, para transcribir a continuación y, supuestamente en beneficio de su posición, una cita de la Dra. Kemelmajer de Carlucci en la cual, con referencia al tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, explica que el ámbito de aplicación del precepto que impide a los no nacionales el ejercicio de funciones públicas incluye sólo los puestos que implican “la participación directa o indirecta en el ejercicio de los poderes públicos y en funciones que tienen por objeto la tutela de los intereses generales del Estado o de otras colectividades públicas” (escrito de demanda, fs. 22/22 vta.).

En verdad, no puedo dejar de señalar que la postura de la parte actora resulta francamente contradictoria, pues no se advierte donde está o cuál es la diferencia que encuentra entre aquello que admite y transcribe y los fundamentos por los que sostiene que el ejercicio de la docencia en el ámbito público deba ser considerada y regulada bajo un criterio diferente.

Vale destacar, una vez más, que lo que se analiza en este caso es la validez constitucional de una norma aplicable a la función estatal de impartir la enseñanza inicial, primaria y superior en el ámbito público de la Ciudad de Buenos Aires. Este determinado contexto hace inaplicable a esta causa la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “Inés María Repetto c/provincia de Buenos Aires” (*Fallos*, 311:2272), en la que se cuestionaban disposiciones del Reglamento General de Escuelas Privadas de la Provincia de Buenos Aires.

VI. La CSJN ha sostenido, en innumerables ocasiones, el carácter relativo de los derechos reconocidos en la Constitución Nacional, que veda considerar cualquier derecho como absoluto dentro de un orden político que la misma norma fundante establece. Admitida la facultad de reglamentación de los derechos constitucionales por parte del Estado nacional o provincial, resulta pertinente, si, exigir que la regulación en cuestión supere el test de razonabilidad. De no ser así, se caería en igual despropósito que considerar incondicionado el acceso a cargos vinculados con las políticas públicas de los distintos gobiernos.

Con respecto a la adecuación de los medios al fin considerado constitucionalmente permitido, he dicho en otras ocasiones que: “se trata de un examen de tipo instrumental, de racionalidad medios/fin, y que —dada la aplicación al caso de un tipo de escrutinio simple—, para que la norma reglamentaria supere el examen de constitucionalidad, basta que la solu-

ción propuesta por el legislador no sea considerada irracional. La existencia de otros medios plausibles o deseables no empece a la validez constitucional de la norma impugnada” (mi voto, en expte. n° 2671/2003, “Gil Domínguez, Andrés c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, sentencia 20/10/2004)

No es tarea de los jueces pronunciarse acerca de la oportunidad, mérito o conveniencia de las reglamentaciones que implementan los poderes legislativo y administrador, pues ello violentaría el principio de la división de poderes. Sólo corresponde a los magistrados judiciales efectuar el *test de razonabilidad* de los medios previstos en la legislación y su reglamentación respectiva. Se debe ponderar, entonces, el grado de adecuación entre ellos y la finalidad perseguida.

El Gobierno de la Ciudad, al contestar la demanda, ha expuesto los fines que persigue la normativa cuestionada, en síntesis, que la tarea docente en el ámbito de la educación pública “sea desempeñada por agentes educadores que resulten portadores naturales del sistema de valores, de la visión del mundo, de la condición de identidad cultural e histórica que es particularmente propia de nuestro país y que puede no serlo de otro”, y destacado la importancia que tiene para ese Gobierno “...el proceso de socialización primaria, durante el cual el individuo conforma su identidad”. Señaló también las características de la sociedad postmoderna multicultural, multirracial y multiétnica, propias del mundo globalizado, en el que las identidades de los extranjeros ya no se funden con las del país receptor sino que se mantienen en forma claramente diferenciada (escrito de fs. 55/61).

El instrumento internacional más específico en la materia, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, señala en su art. 13, primer párrafo, que: “Los estados partes reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz” Ninguno de estos principios, muy loables y que comparto enfáticamente, se encuentra violentado, menoscabado o desconocido por la modificación establecida en la ley 668, lo que tampoco ha sido puesto en tela de juicio por la parte actora.

Por otra parte, como pauta genérica de aplicación del Pacto, se indica en su art. 4° que “los Estados parte en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por la ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática”. La ley 668 ha sido dictada por la legislatura local en ejercicio de sus atribuciones (art. 80, párr. 2°, inc. b) y la limitación establecida tiene relación con la naturaleza de servicio público que caracteriza a la educación en el ámbito estatal, con el entendimiento de que esta restricción para el desempeño de la docencia, resulta beneficiosa para la población.

En este contexto, el requisito de la nacionalidad no parece —sin perjuicio de su valoración en supuestos particulares a través de las vías de control difuso— irrazonable ni arbitrario para conformar la idoneidad requerida para el desempeño de la actividad docente estatal, de acuerdo a la forma en que fue entendido por los legisladores locales y aun cuando su fundamento pueda resultar opinable para parte de la población.

A ello debe agregarse que la declaración de inconstitucionalidad de una norma constituye una medida de extrema gravedad institucional que la convierte en la última *ratio* del ordenamiento jurídico.

VII. El requisito de la nacionalidad argentina para quienes desempeñan la docencia en el ámbito público de la Ciudad de Buenos Aires encuentra su fundamento en razones que la Legislatura ha valorado como positivas dentro de la política de educación que le toca diseñar, desde que la norma que las enumera no ha sido modificada en ese punto. Entre estos fundamentos, puede señalarse la transmisión de: la tradición cultural, los valores inherentes al concepto de Nación y de democracia, las formas de concientizar la pertenencia a la comunidad argentina, los conceptos patrios, de justicia y de respeto por los derechos humanos, entre otros (art. 6°, ordenanza 40.593). Y ha estimado el legislador que para el logro de estos fines, resulta útil o apropiado contar con la calidad de ciudadano argentino, sin que se distinga si se lo es naturalmente o en forma adquirida.

Para el caso del extranjero, el vínculo jurídico que establece con el país al adquirir la ciudadanía cobra relevancia cuando se trata del desempeño de una función pública, pues exterioriza —de manera visible a la sociedad— su vocación de pertenencia y compromiso cívico, sin desmedro del compromiso afectivo que, desde ya, se presume que posee quien decide establecerse y trabajar en nuestro país. Vale mencionar, que dicho trámite no está sujeto a formalidades extraordinarias y que, en forma acorde

con la generosidad y amplitud que manifestó históricamente nuestro país hacia los extranjeros, no se requiere, para ser ciudadano argentino, poseer bienes patrimoniales, títulos universitarios, trascendencia en alguna actividad, familiares residentes en el país, ser natural de países “preferidos”, o cualquier otra nota particular que impida acceder a este beneficio; lo cual es lógico desde que el Preámbulo de la Constitución Nacional invita a hacerlo a “todos los hombres de buena voluntad que quieran habitar el suelo argentino”.

VIII. La tacha de inconstitucionalidad fundada en la existencia de delegación a la Administración para designar docentes extranjeros en el ámbito de la Educación Superior cuando “razones de idoneidad así lo requieran”, debe ser desestimada. La escasa seriedad de los argumentos que sustentan el planteo caen por su propio peso al advertirse que la designación de agentes en el ámbito público es una actividad netamente administrativa (art. 104, inc. 9º, CCBA).

Por lo demás, comparto los fundamentos vertidos al respecto en el punto 11 del enjundioso voto del juez Lozano y a ellos me remito.

IX. Tal como ha sido planteada la cuestión a través de la vía elegida, que sólo puede analizar el control abstracto de la constitucionalidad de la norma que se impugna, los motivos y fundamentos brindados por la Procuración General en su contestación de demanda y en la audiencia pública resultan suficientes para resistir el control de razonabilidad constitucional. No se advierte, por caso, diferenciación entre categorías de extranjeros, arbitrariedad, o fines persecutorios o de segregación de un grupo de habitantes.

La norma cuestionada, art. 1º, inc. a) de la ley 668 no puede considerarse discriminatoria en los términos de los arts. 16 y 20 de la C.N. y 11 de la CCBA, pues da igual trato a todos los extranjeros, cualquiera sea su nacionalidad, sin efectuar distinciones según el origen del postulante extranjero.

Tampoco existe irrazonabilidad ni arbitrariedad en un requisito que, como el evaluado, determina que sean sólo ciudadanos argentinos quienes desempeñen funciones docentes en el ámbito público de la Ciudad, que tiene un régimen laboral particular (Estatuto del docente, ordenanza 40.593), distinto del régimen previsto para el ámbito privado, que, dentro de la concepción pluralista y respetuosa de las distintas colectividades o religiones, en forma acorde a lo establecido en la Constitución local (art. 23) y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 13, párrs. 3º y 4º), admite el ejercicio de tales cargos por parte de los extranjeros.

Por lo demás, la conclusión acerca de la razonabilidad en abstracto que hoy se juzga, no implica la imposibilidad de reclamar —administrati-

va o judicialmente— en un caso concreto sobre la base de condiciones y antecedentes frente a los cuales, eventualmente, la norma pudiera resultar irrazonable y, por tanto ser declarada inaplicable (conf. *CyJ, Fallos TSJBA*, II-2000, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 417 y ss., en: “Sandez, Carlos Armando c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo s/recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 482/00, resolución del 29/11/2000)

Por las consideraciones expuestas, voto por rechazar la presente acción declarativa de inconstitucionalidad.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Rechazar* la demanda de inconstitucionalidad planteada por la Asociación de Derechos Civiles contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y se archive.

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

XX

“COBAS, MANUEL OSVALDO S/QUEJA POR RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN:
‘COBAS, MANUEL OSVALDO C/GCBA S/DAÑOS
Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESP. MÉDICA)’”

RECURSO DE QUEJA: Recurso de inconstitucionalidad.

Admisibilidad. Caso constitucional. Invocación genérica de garantías

constitucionales. Cuestiones de hecho y de prueba. Normas

infraconstitucionales. Arbitrariedad de sentencia. Principio

de congruencia. Derecho de defensa. Cobrador fiscal. Revocación de mandato

Expte. n° 3272/04 - 6/4/2005

VISTO:

El expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. El abogado Manuel Osvaldo Cobas inició, ante la justicia nacional en lo civil, una demanda contra la ex Municipalidad de Buenos Aires, tendiente al cobro de la indemnización por daño emergente, lucro cesante y daño moral resultante de la revocación unilateral y anticipada de su designación como cobrador fiscal (fs. 511/529 vta., autos principales).

La demandada solicitó su rechazo (fs. 568/576 vta., autos principales).

2. Declarada la incompetencia de la jurisdicción nacional (fs. 759, autos principales), la causa se radicó en los tribunales del fuero en lo contencioso-administrativo y tributario local (fs. 773, autos principales).

La jueza de primera instancia rechazó la demanda (fs. 834/838 vta., autos principales).

3. Ambas partes apelaron este pronunciamiento. La actora fundó su recurso de apelación a fs. 856/864 vta. (autos principales) y la demandada, quien se agravó por la regulación de honorarios y forma en que se distribuyeron las costas, lo hizo a fs. 841 y 842 (autos principales).

La Sala I de la Cámara, por mayoría, resolvió “rechazar en todas sus partes el recurso de apelación interpuesto por la parte actora” (fs. 886/899 y la aclaratoria de fs. 905, autos principales). En los fundamentos de su decisión, la alzada sostuvo que:

- a) El dec. 2237/MCBA/93 creó el Cuerpo de Cobradores Fiscales y “estableció los lineamientos generales aplicables al vínculo contractual entre la Ciudad y el actor —tales como el plazo de duración, los deberes del mandatario y su retribución—” (fs. 895 vta., autos principales).
- b) El decreto dispuso la aplicación de las reglas del mandato establecidas en el Código Civil “para determinar los derechos y obligaciones específicos de las partes en la ejecución de la relación contractual” (fs. 895 vta./896, autos principales).
- c) Aunque el contrato entre las partes “no reúna todos los elementos que caracterizan al contrato nominado de mandato, o bien presenta elementos propios de otras figuras contractuales, lo cierto es que ambas partes estuvieron de acuerdo en aplicar las reglas del Código Civil que rigen dicho contrato” (fs. 896, autos principales).
- d) “El interés en el asunto gestionado es exclusivo del mandante” y por ende él podía revocarlo en todo momento. “La revocación del mandato no constituye un obrar ilegítimo que origine, por sí solo, el derecho a obtener una indemnización” (fs. 896, autos principales).

- e) Si el mandante decide revocar el mandato antes de la finalización debe asumir ciertas obligaciones frente al mandatario: pago parcial del precio, compensación de ciertos gastos e indemnización por daños efectivos (fs. 896 y vta., autos principales).
- f) El derecho del actor al cobro del precio pactado en forma proporcional a los trabajos realizados —indicados en los informes de fs. 802/803 y 813/818 vta., autos principales—, “no puede ser reclamado a la Ciudad” y “su percepción queda condicionada al efectivo ingreso de las sumas adeudadas por el contribuyente al tesoro local” (fs. 897, autos principales), de conformidad con los arts. 19 y 21 del dec. 2237/93. “(L)as pruebas ofrecidas y producidas por la parte actora no permiten determinar si, respecto de las ejecuciones judiciales iniciadas por el accionante, ingresó a la comuna suma alguna en concepto de pago de tributos” (fs. 897 vta., autos principales).
- g) Los gastos derivados del cumplimiento del mandato que el actor reclama no son tales, sino “presupuestos que el accionante debía cumplir para presentarse al sorteo público instrumentado por el dec. 2237/93” (fs. 898, autos principales).
- h) Los perjuicios sufridos a consecuencia de la gestión encomendada no fueron probados, pues la prueba pericial ofrecida por el actor no se dirigió a demostrarlos (fs. 898, autos principales).
- i) En cuanto al daño moral “el actor no ha demostrado fehacientemente que la revocación del mandato conferido y las circunstancias que rodearon a dicha decisión le hubiesen generado un padecimiento espiritual que justifique el otorgamiento de un resarcimiento patrimonial” (fs. 898 vta., autos principales).

4. Frente a esta decisión, la parte actora interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 908/919 vta., autos principales) invocando la lesión a las garantías de la propiedad y de la defensa en juicio y la frustración de derechos adquiridos, por una parte, y por tratarse de “una sentencia írrita, arbitraria, contradictoria”. El actor afirma que “el recurso de inconstitucionalidad es procedente porque se debaten cuestiones de indudable carácter federal, como son los artículos citados de la Constitución Nacional y de la CCBA que han sido desconocidos por la sentencia apelada” —arts. 14, 17 y 18 de la C.N., y 10, 12, inc. 5°, 13, inc. 3° y 113 incs. 3° y 4° de la CCBA— (fs. 908 vta./909).

El recurso fue contestado por la Procuración General de Ciudad, quien se opuso a su admisibilidad y procedencia (fs. 923/931, autos principales).

La Cámara denegó la concesión del recurso porque el recurrente “no ha logrado exponer, con la fundamentación, claridad, y precisión debidas un caso constitucional” (fs. 933/934, autos principales).

5. Contra este rechazo, la actora acude en queja ante el tribunal (fs. 243/257 vta. y ampliación de fs. 261/265, este expediente).

6. El señor fiscal general propicia que el tribunal anule la sentencia por arbitraria y ordene que se dicte uno nuevo conforme a derecho (fs. 269/271 vta. de estos autos).

FUNDAMENTOS:

Los jueces JOSÉ O. CASÁS y LUIS F. LOZANO dijeron:

1. La queja y el recurso de inconstitucionalidad que aquélla trajo a conocimiento y decisión del tribunal, deben prosperar, como pasamos a exponer.

2. La decisión cuestionada es una sentencia definitiva y ha sido dictada por el tribunal superior de la causa. Si bien en ella no se trata, de manera directa, la inteligencia de la garantía de la propiedad o de la defensa en juicio, el recurso se sostiene en la crítica que efectúa de la sentencia por ser autocontradictoria y por haber omitido considerar cuestiones significativas para la correcta solución de la causa, planteadas por la parte actora. En consecuencia, la afectación que la defectuosa fundamentación de la sentencia produce en el derecho de defensa del actor, habilita la intervención del tribunal por medio del recurso de inconstitucionalidad para indicar la incorrecta aplicación de las disposiciones constitucionales que estructuran el juicio justo en la Ciudad de Buenos Aires.

3. Como ha sido correctamente reseñado por el señor fiscal general, el actor “fue uno de los abogados a los que el intendente de la ex Municipalidad de la Ciudad confirió mandato para llevar a cabo las cobranzas extrajudiciales y judiciales de los créditos fiscales en mora correspondientes al ejercicio 1989 y ss., conforme al régimen aprobado por el dec. 2237/93. (...) Pocos meses después dichas cobranzas fueron suspendidas y finalmente la percepción de esa deuda fiscal y ss. fue encomendada a la Procuración General mediante el dictado del dec. 238 del 6/4/1995, lo cual implicó la revocación del mandato conferido al actor. Esto llevó al abogado Cobas a entablar demanda contra el Gobierno para resarcirse de los daños que alega haber sufrido” (fs. 270, este expediente).

Tanto en la demanda como en el alegato de bien probado y en la apelación, el actor efectuó consideraciones referidas —entre otras— a la naturaleza jurídica de la relación que lo vinculó profesionalmente con el

Estado local, a la inaplicabilidad de las disposiciones del contrato de mandato común referidas a la extinción de ese contrato, a su derecho a obtener un resarcimiento pleno, a la prueba sobre las tareas que él desempeñó y sobre los gastos que efectuó para cumplir el encargo; argumentos que, en parte, no fueron considerados debidamente por el tribunal de alzada al rechazar el recurso de apelación.

4. En efecto, la sentencia recurrida debe ser revocada porque ha efectuado una aplicación arbitraria de las reglas jurídicas que tuvo en cuenta para resolver la causa en uno de sus aspectos relevantes:

A) En primer lugar, porque —como lo expresa el actor— si bien el voto de la mayoría admitió el carácter innominado del contrato, luego se desentendió de la naturaleza que le había otorgado y lo analizó como un contrato típico y nominado de mandato común, bajo las pautas del Código Civil. Ello así por entender que el art. 12 del dec. 2237/93 señaló expresamente que para determinar los derechos y obligaciones específicos de las partes en la ejecución de la relación contractual debía aplicarse las reglas del mandato establecida en el Código Civil. Bajo las normas de este código, entonces, admitió la facultad de la administración de revocar el contrato en cualquier momento. Pero luego, para establecer las eventuales consecuencias jurídicas de la rescisión, la alzada prescindió de valorar ciertas disposiciones del dec. 2237/93 referidas a la duración del contrato (art. 12, párr. 2º) así como a la relación entre la inversión inicial y el recupero diferido de gastos y percepción de honorarios (arts. 3º, 19 y 21).

La consideración en conjunto del bloque normativo aplicable resultaba ineludible para resolver las cuestiones planteadas, como lo postula el señor fiscal general en su dictamen obrante a fs. 269/271 vta.

B) En segundo lugar, y como ya se señalara en el punto anterior, la sentencia parte de las reglas del mandato civil para determinar los derechos y obligaciones de las partes. En consecuencia reconoció que estas normas permitían la revocación en todo momento del contrato, salvo pacto en contrario. En tal caso, sostuvo, la revocación generaría deberes pecuniarios en cabeza del mandante, a saber:

- a) al pago parcial del precio pactado en proporción a los trabajos realizados (art. 1958, Cód. Civil);
- b) a la compensación por los gastos en que incurrió el mandatario durante la ejecución del contrato (arts. 1948, 1949, Cód. Civil);
- c) a la indemnización por los daños efectivos que hubiera sufrido el mandatario como consecuencia de la gestión, siendo improcedente el lucro cesante si no se pactó la irrevocabilidad del mandato (art. 1953, Cód. Civil).

Estos argumentos fundados en la ley civil, que parecían justificar el derecho del actor al cobro de cierta reparación, fueron abandonados por la alzada al momento de valorar las pruebas producidas. Allí, el tribunal recurrió, en su lugar, a los arts. 19 y 21 del dec. 2237/93 para desconocer el derecho del actor al cobro de alguna retribución de la Administración. Estas normas referidas al cobro de los honorarios y gastos generados por la actividad judicial y extrajudicial de los mandatarios no estaban previstas, específicamente, para un supuesto de revocación, como sí lo estaban las del Código Civil que la propia alzada había considerado en párrafos anteriores.

5. La situación señalada indica que la Sala ha efectuado una selección inconsecuente del derecho que ella consideró aplicable al caso, fluctuando, entre la normas del Código Civil y las disposiciones del dec. 2237/93, sin encontrar el punto en que justeza y justicia se acoplen de manera armónica en la sentencia.

Es cierto que, en su literalidad, el decreto impide al actor reclamar del Gobierno el pago de cualquier estipendio por el mandato, pero no lo es menos que, como lo plantea el recurrente, la Cámara no expresó por qué razón esa regla se aplica por igual durante la ejecución regular del contrato como durante su inexecución y aún ante su extinción.

Del plexo invocado por la alzada surge que el actor sólo podía cobrar sus trabajos a los contribuyentes y previo ingreso de fondos al Fisco. Pero en el caso, fue la propia Administración la que ordenó al actor no continuar los procesos y, de esa forma, le impidió percibir sus honorarios. Después nuevamente fue ella quien extinguió el contrato. De tal manera, se presenta al juzgador la siguiente situación:

- a) trabajos realizados por el mandatario por instrucciones del Fisco local;
- b) paralización de esos trabajos por instrucción del mandante;
- c) revocación de la designación; y
- d) imposibilidad de cobro a los contribuyentes.

Según la interpretación del derecho efectuada por la Cámara el alegado perjuicio ocasionado al actor por la imposibilidad de cobro a los contribuyentes del trabajo que él realizó (y que quedó inconcluso por voluntad de su mandante) debe ser soportado por el contratista.

Independientemente de si corresponde hacer lugar a la reparación que el actor demanda, y sin que lo aquí expresado pueda considerarse como anuencia a los reclamos que él formula, el recurrente (aunque con algún exceso retórico) sintetizó, a nuestro modo ver correctamente, la situación planteada a raíz de la interpretación y aplicación del derecho que

ha efectuado la Cámara, al expresar “no tiene razonabilidad alguna apoyarse en esas disposiciones derogadas para negar la justa y más que justa indemnización pedida, por un trabajo realizado, probado y no cobrado, y que tampoco se puede cobrar a los terceros” (fs. 225 vta. de esta queja, fs. 916 vta. de los autos principales).

6. Como se adelantara, los fundamentos expuestos por la Cámara no resultan suficientes para explicar por qué razón la revocación intempestiva y unilateral del contrato por la Administración impide hacer aplicación de los preceptos del Código Civil.

Según el art. 12 del dec. 2237/93 el citado código de fondo debía regir la relación contractual. Y en el art. 1958 del Cód. Civil se establece que cuando el mandato es revocado sin culpa del mandatario, surge para él un derecho a la retribución por la parte del servicio prestado efectivamente.

La Cámara, entonces, ha brindado un fundamento sólo aparente a la hora de concluir que las disposiciones que regulan la forma de retribución de los cobradores fiscales *durante la vigencia del mandato* (arts. 19 y 21, dec. 2237/93) conducen al desplazamiento de la regla contenida en el Código Civil referida concretamente a la retribución que se debe *en caso de revocación*.

El citado decreto no contempló de manera expresa la posibilidad de revocación del mandato por oportunidad mérito y conveniencia. En consecuencia, tampoco estableció las reglas para definir la extensión de un resarcimiento ante una decisión de tal tipo.

Por ello, si se admite, como hizo el tribunal *a quo*, el accionar lícito de la Administración en punto a la revocación del mandato, la sentencia impugnada debió explicar de manera plausible su apartamiento de la norma específica de derecho común a la que el propio decreto y la sentencia remiten para resolver el caso en este punto (art. 12, dec. 2237/93). En efecto, para denegar el resarcimiento en concepto de trabajos efectivamente prestados, el *a quo* se apartó infundadamente de las normas que la propia sentencia había considerado aplicables (arts. 1958 y 1948, Cód. Civil). En esta línea, es necesario señalar —pues también quedó soslayado en el pronunciamiento cuestionado— que entre el rubro indicado (trabajos efectivamente prestados) y aquel que el recurrente denomina “daño emergente” no existe una independencia absoluta. Precisamente, la inversión inicial (locación de inmueble, materiales, personal, etc.) —superado en el caso el riesgo de no acceder al cuerpo de cobradores fiscales creado por el dec. 2237/93 por resultar el actor favorecido en el sorteo allí previsto—, habría sido amortizada, dentro del desarrollo normal del contrato,

con los ingresos generados por la ejecución del mandato. En tanto la revocación unilateral del vínculo contractual impidió que aquello ocurriera, la distorsión producida en el equilibrio del negocio acordado, podría justificar la necesidad de contemplar las erogaciones mencionadas al momento de establecer el resarcimiento en concepto de trabajos efectivamente prestados si aquel progresara; ya fue dicho que, al efecto, el art. 19 del dec. 2237/93 no resuelve automáticamente la cuestión. La incidencia que en definitiva provoque este punto sobre el crédito del recurrente depende del análisis de la prueba obrante en la causa, cuyo estudio excede la jurisdicción del tribunal y corresponde al *a quo*. En otras palabras, definir cuáles de los gastos denunciados por el actor devinieron improductivos a raíz de la disolución del cuerpo de cobradores fiscales y, en qué medida ellos habrían quedado amortizados por medio de los ingresos generados por la ejecución del mandato, es decir por el resarcimiento de los ingresos frustrados, constituye un juicio que dejó trunco el pronunciamiento cuestionado y deberá ser decidido, a partir de la prueba acumulada en autos, por la Sala II que no tuvo intervención en estas actuaciones.

Los restantes agravios no logran conmover los fundamentos dados por la sentencia de Cámara, aunque ella, por los motivos antes expuestos no pueda en definitiva ser considerada como decisión jurisdiccional válida. En efecto, las argumentaciones del *a quo* utilizadas para justificar la improcedencia de una indemnización por los demás rubros solicitados en el petitorio (daño moral y lucro cesante) se exhiben como una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias comprobadas de la causa.

7. La ilogicidad de la sentencia, marcada por la autocontradicción en cuanto a la naturaleza del contrato y la reglas aplicables para resolver la controversia, sólo puede ser enmendada mediante la revocación del pronunciamiento recurrido pues “la existencia de una contradicción explícita respecto de la norma jurídica concreta que rige el caso importa, en consecuencia, error inadmisible del fallo impugnado, en tanto, a los efectos de la decisión a dictar, se la declara sucesivamente inaplicable y aplicable. De tal modo, en efecto, la sujeción del caso al derecho vigente resulta ininteligible y no constituye derivación razonada del ordenamiento jurídico —doctrina de *Fallos*, 229:59 y otros—” (*Fallos*, 261:209).

8. Por lo expuesto, consideramos que corresponde hacer lugar a los recursos de queja e inconstitucionalidad deducidos por Manuel Osvaldo Cobas, con el alcance que surge de este voto, revocar la sentencia de fs. 886/899 y remitir los autos a la alzada para que la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario dicte un nuevo pronunciamiento.

En atención a la forma en que se resuelve, las costas del recurso de inconstitucionalidad se imponen a la vencida (arts. 62 y 63, CCAyT).

Así lo votamos

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El recurso de queja y su ampliación (de aquí en más: “el recurso de queja” o “el recurso de hecho”) interpuestos por la actora frente al rechazo de su recurso de inconstitucionalidad, fueron deducidos en tiempo y modo oportuno (art. 33, ley 402). Empero, ellos no pueden tener acogida favorable.

2. En principio, cabe señalar que ninguna de las razones expuestas por la Cámara para no conceder el recurso de inconstitucionalidad fueron rebatidas en el recurso de queja. Ello implica, según se aprecia sencillamente, que el recurso de hecho bajo examen carece de autosuficiencia, recaudo formal cuya ausencia torna improcedente la impugnación de la referencia. En igual sentido, el recurso de queja padece de un defecto muy evidente, cual es, la reproducción insistente de argumentos desarrollados en el recurso de inconstitucionalidad.

En el ámbito sustancial de la controversia —a fin de conferir autonomía a este pronunciamiento y de dar debida cuenta de los profusos argumentos esgrimidos por la recurrente—, debe señalarse que el recurso de inconstitucionalidad y, por ende, el recurso de hecho, no logran conectar los agravios concretos, que —afirman— les provoca la sentencia, con un motivo de impugnación de carácter constitucional, esto es —expresado de manera general—, con la aplicación de una norma que lesione una garantía constitucional referida directamente al caso. Ello significa que la quejosa no logró exponer fundadamente un caso constitucional, conforme lo establece el art. 27 de la ley 402, razón por la cual el último juez de mérito dictó la sentencia definitiva; el tribunal no tiene competencia para decidir cuestiones de mérito, relativas al hecho, su prueba y la adecuación del derecho infraconstitucional al caso. El recurrente sólo formuló reproches fácticos y críticas concernientes a la interpretación de normas que carecen de rango constitucional contenidas en la sentencia recurrida, así como incurrió en la mera enumeración de disposiciones constitucionales, sin vincular esos reproches con las menciones que realiza, de manera de establecer una verdadera cuestión constitucional (conf. este Tribunal *in re* “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Novik, Jorgelina Carla y Wlodkowsky, Irene c/GCBA s/amparo’”, expte. n° 1465/02, resolución del 24/4/2002; “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. n° 1309/01, resolución del 6/3/2002 y sus citas).

En suma, la recurrente, si bien proclama en forma genérica la afectación de algunas garantías de raigambre constitucional (defensa en juicio, derecho de propiedad, frustración de derechos adquiridos consagrados constitucionalmente), no logra establecer la adecuada correspondencia entre los derechos cuya afectación invoca y el contenido de la sentencia de Cámara recurrida.

El tribunal ya ha expresado, reiteradamente, que la referencia ritual a derechos y/o principios constitucionales contenidos en el recurso, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente para fundar el recurso por inconstitucionalidad, ya que si bastara la invocación genérica de un derecho, principio o garantía de raigambre constitucional —como los aquí involucrados—, este Tribunal se vería convertido en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad, posibilidad inadmisibles en el marco del recurso extraordinario local (conf. *CyJ, Fallos TSJBA*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, t. II, pp. 20 y ss., en: “Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja”, expte. n° 131/99, resolución del 23/2/00; más próximo al momento actual: expte n° 1898/02, “Droguería Americana c/GCBA [resol. DGR-7346/91] s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR’ s/recurso de apelación ordinario”, sentencia del 17/11/2003, aún sin publicar).

3. Asimismo, ante el argumento de arbitrariedad que esgrime la quejosa es enteramente aplicable la doctrina previa del TSJ en el sentido de que, “bajo la designación de arbitrariedad la actora [en este caso: la recurrente] tiende a controvertir el fundamento jurídico contenido en la sentencia recurrida, sin incluir (...) razones de índole constitucional. La circunstancia de que la recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que la sentencia, más allá de su acierto o error, devenga infundada y, por ende, arbitraria” (conf. el tribunal *in re* “Federación Argentina de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas en *CyJ, Fallos TSJBA*, I-1999, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 282 y ss.).

Por lo demás, la CSJN —creadora de esta doctrina— señala que “la doctrina de la arbitrariedad posee un carácter estrictamente excepcional y exige, por tanto, que medie un apartamiento inequívoco de las normas que rigen el caso o una absoluta carencia de fundamentación (*Fallos*, 323:2879)”, así como que la tacha de arbitrariedad debe ser apreciada estricta y restrictivamente, pues, según lo ha dicho la misma Corte Suprema

de Justicia de la Nación: “La doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados (...) sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N.” (*Fallos*, 312:246, 389, 608, 1839, entre otros; este Tribunal, expte. n° 726/00 “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo”, sentencia del 24/5/2001, *CyJ, Fallos TSJBA*, III-2001, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 240 y ss; expte. n° 912 “Caballero, Jorge Alberto y otros s/art. 71, Cód. Contrav. —causa 555-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, sentencia del 5/12/2001, *CyJ, Fallos TSJBA*, III-2001, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 749 y ss.).

En definitiva, los argumentos que introduce la quejosa sólo versan sobre la interpretación asignable a normas “infraconstitucionales” (dec. local 2237/93 y sus normas reglamentarias, que disciplinan una relación de empleo publico, y el Código Civil, en sus artículos referentes al mandato y a numerosos rubros susceptibles de hipotética indemnización), así como acerca de la valoración de hechos y pruebas, ocurridos y arrimados a la causa, concernientes a la apreciación jurídica de ciertas labores que dice haber cumplido el recurrente. Ello demuestra que la impugnación *sub examine* está muy lejos de comprometer la interpretación de preceptos o garantías constitucionales. En tal sentido, más allá de su acierto o de su desacierto, la sentencia de Cámara contiene sobrados argumentos para sostener el resultado que propicia y, como lo consigna el propio auto denegatorio del recurso de queja, “la sentencia, puede ser objeto de críticas jurídicas pero no ser descalificada como autocontradictoria, o carente de lógica o de insuficiente fundamentación jurídica”.

En razón de lo expuesto, voto en el sentido de rechazar el recurso de queja interpuesto por la parte actora.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

I. Al tratar el recurso de inconstitucionalidad planteado por la actora, la Cámara consideró que, si bien se encontraban reunidos los requisitos formales que habilitarían su admisión, ella no era posible porque el recurrente no había planteado un caso constitucional a ser considerado por este Tribunal; circunstancia que para los camaristas enervaba también la eficacia de su planteo de arbitrariedad.

La valoración hecha por el tribunal *a quo* respecto del requisito de fundamentación constitucional, es errónea. El recurrente ha puesto de ma-

nifiesto las contradicciones e imprecisiones de que adolece el fallo que objeta y lo ha hecho dando cuenta de inconsistencias —detalladas en el fundado voto de los jueces Casás y Lozano, al que me remito— de entidad suficiente como para determinar que la sentencia recurrida no pueda ser considerada un fallo válido.

La verificación de tales circunstancias permite establecer que se ha visto afectada la garantía del debido proceso lo que resulta bastante, desde el punto de vista del andamiaje constitucional del planteo, como para fundar un recurso como el intentado. Tal circunstancia cobra mayor relevancia, por otra parte, cuando se advierte que, conforme lo plantea el recurrente, del equivocado razonamiento efectuado se derivaría también una grave afectación a su derecho de propiedad y a la defensa en juicio pues el tribunal no sólo ha pasado por alto todos los argumentos, pruebas y elementos que expusiera sino que además ha realizado una interpretación del contrato no sólo errónea sino incompleta y claramente autocon-tractoria.

II. El argumento central en el que la parte actora basó su discurso a lo largo de este juicio fue que la relación jurídica que unía al Gobierno con los mandatarios, no era revocable por el Estado, de manera unilateral y discrecional. Mientras la prestación de los mandatarios consistía en el servicio de cobranzas judiciales y extrajudiciales, la de su contraparte estatal radicaba en el otorgamiento de la autorización en su favor para efectuar tales cobranzas y así recibir como única retribución de los contribuyentes los honorarios y además los gastos que el deudor moroso debía satisfacer por las diligencias judiciales o extrajudiciales. Asimismo, quedaban a cargo de los mandatarios todos los gastos que la gestión encomendada origine. Argumentó que el negocio jurídico de que se trata no estaba referido a un contrato de mandato simple, sino de un negocio jurídico complejo, cuya verdadera esencia jurídica debía desentrañarse para no quebrar la economía y sentido del contrato.

Nótese que la sentencia de Cámara le da la razón al recurrente cuando aduce que no se está en presencia de un contrato de mandato simple.

Lo reconoce el voto en minoría del Dr. Centenaro cuando, en el consid. VII-2, expresa: “A los fines de determinar la normativa legal aplicable al acuerdo que motiva este litigio... el contrato de autos *es administrativo*”.

Lo admite también, a su vez, la mayoría del tribunal a través del voto del Dr. Balbín, al dejar establecido: “...más allá que el contrato entre el actor y la demandada no reúna los elementos que caracterizan el contrato nominado de mandato, o bien presenta elementos propios de otras figuras contractuales, lo cierto es que ambas partes estuvieron de acuerdo en apli-

car las reglas del Código Civil que rigen dicho contrato...”, apoyándose para arribar a esa conclusión en lo previsto en el art. 12 del dec. 2237/93.

Considero que poca incidencia tiene dicha norma en la solución del litigio cuando establece que “Los cobradores fiscales se registrarán en su relación con la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, de acuerdo con las normas que para el contrato de mandato establece el Código Civil”, pues el propio tribunal admite que la relación jurídica entre las partes no fue la del contrato de mandato, lo que era motivo suficiente para desechar de plano su invocación.

Y ello es así porque la aplicación del derecho es atribución exclusiva de los jueces (conf. art. 145, inc. 7º, CCAyT) y las partes sólo tienen la facultad de invocarlo no quedando comprometida su suerte en el resultado del juicio si incurren en error al hacerlo.

La evaluación, que se realiza exclusivamente desde el art. 12 del referido decreto, oculta la evidente complejidad que subyace tras ella. De hecho, es evidente que, aun cuando esta estipulación no hubiera sido incluida en el decreto, cualquier intérprete concluiría que el vínculo existente entre la autoridad tributaria y el demandante presentaba, en lo que hace al núcleo de actividad orientado al reclamo frente a terceros, la estructura básica de un mandato; pero sólo en ello, porque la norma reglamentaria contiene numerosas estipulaciones, propias de un vínculo administrativo complejo, que exceden notoriamente las previsiones que el Código Civil asigna a este contrato.

Es decir que frente a la complejidad del caso, admitido por el propio tribunal que el convenio celebrado por las partes “no reúne los elementos que caracterizan el contrato nominado de mandato”, no debió, entonces, fallar esta causa aplicando las normas del mandato común; al hacerlo, incurrió en incongruencia y transformó su sentencia en arbitraria.

Comparto, en ese sentido, los argumentos del señor fiscal general en cuanto afirma que la calificación que efectuaron los jueces de la anterior instancia, es puramente dogmática ya que no realizaron un análisis de las normas que regulaban la relación jurídica que unía a las partes; fundamentalmente, en mi opinión, faltó una interpretación acabada del contrato para lo cual era necesario prescindir del nombre que las partes dieron al mismo y examinar en profundidad los elementos que lo configuran y las obligaciones y prestaciones que contiene y aplicar entonces las normas que más se acercan a las figuras implicadas; es decir, si se trataba de un “contrato administrativo” —como argumentó el Dr. Centenaro— o cuáles eran “los elementos propios de otras figuras contractuales” a que hizo referencia el Dr. Balbín al aseverar que el contrato de autos no reunía todos los elementos que caracterizan al contrato nominado de mandato. Nada de

eso fue materia de análisis no obstante integrar los agravios vertidos por el recurrente.

Es cierto que los jueces atisbaron esa complejidad en su aproximación al tema; pero la soslayaron en la solución. Omitieron, también, atender los agravios del recurrente referidos a un hecho trascendente de la litis como lo es la atribución de culpabilidad de la demanda en la frustración de la relación jurídica existente y que aquél fundara en la circunstancia que el Gobierno de la Ciudad no tenía los registros de deudores en debida forma y ello viene a explicar que la accionada dispusiera la revocación del contrato, omitiendo dar las razones tenidas en cuenta para ello.

En definitiva, la sentencia cuestionada no ha dado adecuada satisfacción al tratamiento de los argumentos y cuestiones planteadas y ha efectuado una valoración parcial de elementos convictivos susceptibles de alterar la decisión de la causa, razón por la cual —a mi entender— la sentencia debe ser dejada sin efecto.

En mérito a lo expuesto, de conformidad a lo dictaminado por el señor fiscal general, voto porque se admita la queja, se deje sin efecto el pronunciamiento recurrido y se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones, a fin que se dicte una nueva sentencia por intermedio de la otra Sala. Las costas deberán imponerse a la parte demandada que resultó sustancialmente vencida (conf. arts. 62, primer párrafo y 63, CCAyT).

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Anticipo mi opinión en el sentido de que la queja es procedente, y el recurso de inconstitucionalidad debe ser rechazado.

2. El recurso de queja fue interpuesto en tiempo y forma.

La presentación de la actora discute con acierto la resolución denegatoria del recurso de inconstitucionalidad dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso, Administrativo y Tributario.

Del escrito del quejoso sólo habré de tomar en consideración los apartados pertinentes para sustentar su objeción. En ellos tacha de infundada la decisión de la Sala I que afirma sin dar razones, que el recurso de inconstitucionalidad no logra vincular las críticas a la sentencia con la invocación de normas constitucionales y le atribuye, de modo genérico, falta de claridad y ausencia de precisiones.

La resolución denegatoria, en efecto, dice en forma dogmática que el accionante no logra plantear un caso constitucional, que invoca los arts. 17 y 18 de la C.N. y los arts. 12 y 13, inc. 3º de la CCBA como una “simple referencia ritual”, pero no introduce argumentos en los cuales pueda sustentarse el rechazo al recurso de inconstitucionalidad. Por fin, es cierto que, a diferencia de lo que afirma la Cámara al rechazar la queja, la impugnación por arbitrariedad intenta corregir sentencias equivocadas a juicio de quién

las recurre, lo que no quiere decir, que la mera discrepancia de quien interpone un recurso baste para sostener el agravio de arbitrariedad contra una decisión judicial, y esto último no parece advertirlo el actor.

Las insuficiencias señaladas alcanzan para admitir la queja. Sin embargo, como se verá otra es la suerte del recurso de inconstitucionalidad.

3. El recurrente entiende que la sentencia de Cámara lesiona sus derechos de propiedad y de defensa en juicio, y califica la decisión de arbitraria. Una lectura detenida de sus manifestaciones indica que el núcleo de sus agravios reside en la calificación jurídica que los jueces dan a la relación que mantuviera con el Gobierno de la Ciudad, y al modo en que ellos aplican un conjunto de normas que abarca desde el contrato celebrado hasta diversas disposiciones del Código Civil.

Cobas no coincide con el encuadramiento de su situación ni tampoco con las consecuencias que la Sala I asigna a su rescisión anticipada. Pero, tanto la sentencia como los dichos del actor en las diversas oportunidades procesales en las que se expresara (demanda, apelación, recurso de inconstitucionalidad) discurren, únicamente, acerca de posibles interpretaciones del derecho común. Es más, todos coinciden en que el contrato era atípico, que remitía en forma expresa al régimen del mandato y que no contenía previsiones respecto de la forma en la que se le puso fin.

Es evidente que el recurrente discrepa con la interpretación de la Sala I y con la consecuente solución que adopta, pero en el marco de los argumentos que expone y de los agravios que desarrolla no llega a establecer una correspondencia mínima entre los derechos constitucionales que supone afectados, sus alegaciones, y la sentencia recurrida. Es decir, no satisface una condición necesaria para habilitar la vía recursiva ante el tribunal.

La incorporación de una importante serie de disquisiciones propias de la dogmática privatística, pese a su consistencia, no alcanza para definir una cuestión constitucional. Y esta carencia define el rechazo del recurso que deduce.

4. Voto pues, por admitir el recurso de queja, rechazar el recurso de inconstitucionalidad e imponer las costas al vencido.

Por ello, oído el señor fiscal general, como resultado de la votación que antecede y por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Admitir* la queja planteada por el Sr. Manuel Osvaldo Cobas.

2. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte actora, revocar la sentencia de fs. 886/899 y remitir la causa a la Sala

II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario para que dicte un nuevo pronunciamiento.

3°. *Imponer* las costas del recurso de inconstitucionalidad a la parte demandada.

4°. *Mandar* que se registre, notifique y, oportunamente, se remita copia de esta sentencia a la Sala I y el expediente principal con la queja a la Sala II.

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

XXI

“ANAPIOS, ERNESTO S/QUEJA POR RETARDO, PRIVACIÓN O DENEGACIÓN DE JUSTICIA”

**RECURSO DE QUEJA POR RETARDO, PRIVACIÓN
O DENEGACIÓN DE JUSTICIA: Audiencia pública. Admisibilidad.
Recurso extraordinario federal. Admisibilidad. Caso constitucional**

Expte. n° 3856/05 - 13/4/2005

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

Mediante el escrito de fs. 251/286 el señor Ernesto Anapios solicita se “ordene la audiencia prevista en el art. 42 ley 402 para el caso del art. 113, inc. 4° de la CCBA”, y subsidiariamente interpone recurso extraordinario federal contra la resolución del tribunal de fecha 14/3/2005, que ordenó el archivo de las actuaciones oportunamente iniciadas con la denuncia de retardo de justicia efectuada por el nombrado, tras constatar —informe del art. 37, inc b), ley 402, mediante— que la resolución retrasada había sido dictada un día después del vencimiento del plazo legal.

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

I. La audiencia que autoriza el art. 42 de la ley 402 para los supuestos de los incs. 3°, 4°, 5° y 6° del art. 113 de la CCBA, sin duda está previs-

ta para ser convocada durante la tramitación del planteo de que se trate —en el caso lo fue el de privación, denegación o retardo de justicia contemplado en el inc. 4°— siempre que sea pedida oportunamente y el tribunal la considere conveniente para la mejor publicidad de la cuestión debatida. Dictada la resolución que pone fin a la cuestión, la petición de convocatoria a tal audiencia resulta improcedente y debe ser rechazada.

2. Las actuaciones originadas con fundamento en la competencia atribuida al TSJ por el art. 113, inc. 4° de la 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. 2° de la ley 27, precepto en el que la CSJN 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 legales.

Sea que se considere a la herramienta de la “privación, denegación o retardo de Justicia” como un simple reclamo de superintendencia (conf. Ibañez Frocham, ver cita de PALACIO, Lino E.: *Derecho procesal civil*, t. V, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 317,) o como un acto de naturaleza procesal, lo cierto es que no hay técnicamente un caso o causa de carácter contencioso (arts. 2° y 4° 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 no hacer lugar al pedido de audiencia impetrado y declarar *inadmisibile* el recurso extraordinario federal planteado.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero al voto del juez Luis Francisco Lozano.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Tanto la audiencia solicitada como el recurso extraordinario federal contra la resolución del tribunal de fecha 14/3/2005 —para colmo de males, interpuesto subsidiariamente a la petición de audiencia— carecen de sentido. El Sr. Anapios se quejó originariamente de la tardanza de un tribunal de mérito, la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario, Sala I, en dictar una resolución y, cuando el tribunal averiguó el estado del caso, según corresponde por ley, la decisión judicial había sido dictada, conforme

lo requería el peticionante de la queja. La queja, por tanto, fue archivada. Y allí terminó toda actuación judicial, pues el quejoso logró la decisión que buscaba, más allá de que ella le diera la razón o dejara de dársela.

Conforme a tales parámetros, carece de sentido tanto la concesión de una audiencia, cualquiera que sea su objetivo, como la interposición de un recurso ante la inexistencia de agravio alguno. Vale la pena explicar que el caso al que se refiere el Sr. Anapios en la queja por retardo, privación o denegación de justicia seguirá el curso regular que supone la decisión —ya dictada— por la Cámara respectiva. Conforme a ello, estoy de acuerdo con el dispositivo propuesto por el señor juez de trámite.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Comparto la solución propuesta por el juez Luis F. Lozano en el apartado 1 de su voto en el sentido de que es improcedente y debe ser rechazada la petición que formula el señor Ernesto Anapios respecto de la convocatoria a la audiencia prevista en el art. 42 de la ley 402.

2. Tampoco corresponde admitir el recurso extraordinario federal interpuesto subsidiariamente en la misma presentación (fs. 251/286).

En efecto la respuesta de la Alzada (de fecha 28/2/2005) al informe solicitado por el juez de trámite (art. 37, inc. b) de la ley 402) demuestra, de manera indudable, la inexistencia de gravamen, la ausencia de agravios como los que invoca el recurrente, y torna abstracta la cuestión debatida.

Por lo expuesto voto por no hacer lugar al pedido de audiencia impetrado a fs. 251 y declarar *inadmisible* el recurso extraordinario federal planteado a fs. 251/286.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Sobre el pedido de audiencia formulado, adhiero al voto de mi colega, el doctor Luis Francisco Lozano.

La interposición subsidiaria del recurso extraordinario federal contra la resolución de este Tribunal que ordenó el archivo de las actuaciones debe ser desestimada. El propio estado de la causa demuestra que los planteos del recurrente resultan inoficiosos para excitar la jurisdicción de la CSJN debido a la ausencia de gravamen. A mayor abundamiento, debe recordarse que el tribunal cimero ha sostenido que el remedio federal es improcedente si se interpone de manera subsidiaria (doctrina de *Fallos*, 308:198, 1891 y 313:1193, entre otros).

Por las consideraciones expuestas, corresponde no hacer lugar al pedido de audiencia y declarar *inadmisible* el recurso extraordinario federal interpuesto de manera subsidiaria.

Así lo voto

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *No hacer* lugar al pedido de audiencia impetrado a fs. 251.

2°. *Declarar inadmisibile* el recurso extraordinario federal planteado a fs. 251/286.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique y se archive.

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

XXII

“PEPSICO SNACKS ARGENTINA S.A. S/QUEJA
POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD
DENEGADO, EN: ‘PEPSICO SNACKS ARGENTINA S.A.
C/GCBA S/OTRAS CAUSAS CON TRÁMITE
DIRECTO ANTE LA CÁMARA DE APELACIONES”

**RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad. Caso constitucional.
Invocación genérica de garantías constitucionales. Cuestiones
de hecho y de prueba. Normas infraconstitucionales.
Comercialización de mercaderías en el país. Símbolo de seguridad**

Expte. nº 3420/04 - 13/4/2005

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe

RESULTA:

I. A fs. 185/194 (expediente principal), PepsiCo de Argentina S.R.L. en su carácter de continuadora de Pepsico Snacks Argentina S.A. interpone recurso directo de apelación, que tramita ante la Sala II de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, contra la resol. 492/02 emanada de la Secretaría de Desarrollo Económico del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que le impuso una multa

de \$ 100.000 por infracción a los arts. 1º, incs. a) y b) y 4º de la ley 22.802, art. 8º de la resol. 851-SICyM/98, art. 2º de la resol. 799-SICyM/99 y art. 1º de la resol. 100-SC/83, con respecto a los productos alimenticios denominados “Frenchitas”, “Cheetos”, “3D” y “Ruffles”, que contenían juguetes en el interior de sus envases. Como señala el señor fiscal general, la normativa con base en la cual fue impuesta la sanción se refiere —en cuanto aquí interesa— a las indicaciones y menciones legales que deben figurar en los envases y envoltorios de los productos que son distribuidos comercialmente en el país.

2. A fs. 289/293 y vta. (expediente principal), la Cámara dictó sentencia mediante la cual confirmó la procedencia de la sanción pecuniaria impuesta, bien que redujo la multa a \$ 90.000. Para decidir de ese modo, la Sala II expresó que de la propia documental acompañada por la actora (fs. 55/57, expediente principal) surgía que la cinta adherida a los referidos productos, con la constancia de la información requerida por las normas *supra* citadas, fue agregada después de cometidas las infracciones, como derivación de las observaciones formuladas en la instrucción del sumario. Así entonces, los preceptos que dan fundamento a la resol. 492/02 resultaban aplicables al momento de la comisión de las infracciones. Con relación a la ausencia de daño, la sentencia señaló que no se trataba de un elemento que configurara a las infracciones, ya que éstas son de carácter formal. Con fundamento en la buena fe de la empresa al retirar del mercado y rotular correctamente los productos cuestionados, redujo la multa en un 10 %.

3. A fs. 296/307 y vta. (expediente principal), la actora interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia de la Cámara, recurso que fue contestado por el GCBA a fs. 312/314 (expediente principal).

4. A fs. 319/320 (expediente principal), la Sala II de la Cámara declaró *inadmisible* el recurso de inconstitucionalidad interpuesto. Ello motivó la deducción, por parte de la actora, del recurso de hecho que corre agregado a fs. 96/107 (expediente de la queja).

5. A fs. 115/117 (expediente de la queja) emitió su dictamen el señor fiscal general, quien propició el rechazo de la queja y, por ende, la denegación del recurso de inconstitucionalidad que estima correcta.

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por la actora frente al rechazo de su recurso de inconstitucionalidad (fs. 89/90, del expediente de la queja),

fue deducido en tiempo y modo oportuno (art. 33, ley 402). Empero, él no puede tener acogida favorable.

2. En principio, cabe apuntar que ninguna de las razones expuestas por la Cámara para no conceder dicho recurso fueron rebatidas en el recurso de queja. Ello implica, según se aprecia sencillamente, que el recurso bajo examen carece de autosuficiencia, recaudo formal que torna pertinente la impugnación de referencia, cuya ausencia la torna improcedente.

En el ámbito sustancial de la controversia —a fin de conferir autonomía a este pronunciamiento y de dar debida cuenta de los profusos argumentos esgrimidos por la recurrente—, debe señalarse que el recurso no logra conectar los agravios concretos que —afirma— le provoca la sentencia con un motivo de impugnación de carácter constitucional, esto es —expresado de manera general—, con la aplicación de una norma que lesione una garantía constitucional referida directamente al caso. Ello significa que la quejosa no logró exponer fundadamente un caso constitucional, conforme lo establece el art. 27, ley 402, razón por la cual el último juez de mérito dictó la sentencia definitiva; el tribunal no tiene competencia para decidir cuestiones de mérito, relativas al hecho, su prueba y la adecuación del derecho infraconstitucional al caso. El recurrente sólo formuló reproches fácticos y críticas concernientes a la interpretación de normas que carecen de rango constitucional contenidas en la sentencia recurrida, así como incurrió en la mera enumeración de disposiciones constitucionales, sin vincular esos reproches con las menciones que realiza, de manera de establecer una verdadera cuestión constitucional (conf. este Tribunal *in re* “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Novik, Jorgelina Carla y Wlodkowsky, Irene c/GCBA s/amparo’”, expte. n° 1465/02, resolución del 24/4/2002; “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. n° 1309/01, resolución del 6/3/2002 y sus citas).

En suma, la queja, si bien proclama en forma genérica la afectación de algunas garantías de raigambre constitucional (debido proceso, defensa en juicio, principio de razonabilidad) en el magro capítulo que dedica al asunto (fs. 102 vta./103 vta. del expediente de la queja), no logra establecer la adecuada correspondencia entre los derechos cuya afectación invoca y el contenido de la sentencia de Cámara recurrida.

El tribunal ya ha expresado, múltiplemente, que la referencia ritual a derechos y/o principios constitucionales contenidos en el recurso, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente para

fundar el recurso por inconstitucionalidad, ya que si bastara la invocación genérica de un derecho, principio o garantía de raigambre constitucional —como los aquí involucrados—, este Tribunal se vería convertido en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad, posibilidad inadmisibles en el marco del recurso extraordinario local (conf. *CyJ, Fallos TSJBA*, II-2000, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 20 y ss., en: “Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja”, expte. n° 131/99, resolución del 23/2/2000; más próximo al momento actual: expte n° 1898/02, “Droguería Americana c/GCBA [resol. 7346-DGR/91] s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR’ s/recurso de apelación ordinario”, sentencia del 17/11/2003, aún sin publicar).

3. Asimismo, ante el argumento de arbitrariedad que esgrime la quejosa es enteramente aplicable la doctrina previa del TSJ en el sentido de que, “bajo la designación de arbitrariedad la actora [en este caso: la recurrente] tiende a controvertir el fundamento jurídico contenido en la sentencia recurrida, sin incluir (...) razones de índole constitucional. La circunstancia de que la recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que la sentencia, más allá de su acierto o error, devenga infundada y, por ende, arbitraria” (conf. el tribunal *in re* “Federación Argentina de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas en *CyJ, Fallos TSJBA*, I-1999, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 282 y ss.).

Por lo demás, la CSJN —creadora de esta doctrina— señala que “la doctrina de la arbitrariedad posee un carácter estrictamente excepcional y exige, por tanto, que medie un apartamiento inequívoco de las normas que rigen el caso o una absoluta carencia de fundamentación (*Fallos*, 323:2879)”, así como que la tacha de arbitrariedad debe ser apreciada estricta y restrictivamente, pues, según lo ha dicho, la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación: “La doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados (...) sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N.” (*Fallos*, 312:246, 389, 608, 1839, entre otros); este Tribunal, expte, n° 726/00, “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo”, sentencia del 24/5/2001, *CyJ, Fallos TSJBA*, III-2001, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 240 y ss; expte. n° 912 “Caballero, Jorge Alberto y otros

s/art. 71, Cód. Contrav. —causa 555-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, sentencia del 5/12/2001, *CyJ, Fallos TSJBA*, III-2001, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 749 y ss.).

En definitiva, los argumentos que introduce la quejosa sólo versan sobre la interpretación asignable a normas “infraconstitucionales” (resols. 208/93, 851/98 y 799/99 de la Secretaría de Industria y Comercio, y la Ley de Lealtad Comercial) y acerca de la valoración de hechos y pruebas, ocurridos y arrimados a la causa, concernientes a la obligatoriedad de determinados procedimientos administrativos: que conste un símbolo de seguridad en los productos, según sea el caso de que cuenten o no con certificación de “marca” o de “tipo”, definir si uno de los elementos incorporados a los productos distribuidos comercialmente es o no es un juguete, así como la ponderación que formuló la Cámara acerca de las circunstancias atenuantes de la sanción pecuniaria impuesta. Ello demuestra que la impugnación *sub examine* está muy lejos de comprometer la interpretación de preceptos o garantías constitucionales. En tal sentido, más allá de su acierto o de su desacierto, la sentencia de Cámara contiene sobrados argumentos para sostener el resultado que propicia.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Adhiero a la solución propuesta por mi colega Julio B. J. Maier. En efecto, la recurrente no demuestra, ni en relación con las obligaciones que el *a quo* estimó incumplidas ni en cuanto a la determinación del *quantum* de la pena aplicada, que la sentencia impugnada se aparta de las circunstancias comprobadas en la causa y, por tanto, resulte insostenible.

2. La Cámara, en lo que aquí interesa, tuvo por configurada la omisión imputada en sede administrativa por considerar no probado en autos que todos los objetos promocionales contaran con una certificación de “tipo” para desplazar la obligación de incluir símbolos de seguridad; además, la sentencia tuvo en cuenta que PepsiCo los declaró en sede aduanera como juguetes, es decir como objetos alcanzados por la normativa aplicada por la SDE. En cuanto al “super mega taza volador” el *a quo* tampoco tuvo por probado que las mercaderías cuya posición arancelaria la empresa declaró en el rubro “Figuritas o pegatinas” se referían al objeto promocional mencionado. Por su parte, la recurrente cuestiona la legitimidad de la sanción porque, a su entender, la Cámara le aplicó “un régimen jurídico ajeno a su situación fáctica” pues esa situación no sería, en su opinión, la que estableció la sentencia impugnada sino una distinta (fs. 76 vta.). En esa línea, insiste en sostener que los productos promocionales objeto de la sanción, tenían certificación de “tipo” y no eran juguetes, situación que los excluía del ámbito de las obligaciones incumplidas. El

resto de sus agravios derivan o son “consecuencia” de aquella objeción central (fs. 72, puntos 4.3, 4.4 y fs. 75 vta. punto 4.32). Finalmente, Pepsico Snacks reclama una reducción mayor de la sanción que la dispuesta por el *a quo*.

En el contexto reseñado, los agravios propuestos conducen al análisis de cuestiones de hecho y prueba que exceden la jurisdicción del tribunal en el marco del recurso planteado. Si bien la regla enunciada admite excepciones, por ejemplo, cuando se demuestra que los fundamentos del pronunciamiento impugnado resultan insostenibles, ello no ocurre en el caso. El informe de fs. 273 —invocado por la Cámara para no extender el certificado de tipo a todos los objetos promocionales— no fue cuestionado, ni se mencionó por qué el *a quo* debió relacionar el producto denominado “súper mega taza volador” con las mercaderías que la empresa declaró bajo la posición arancelaria “Figuritas o pegatinas”. Por lo demás, en cuanto al *quantum* de la multa, en tanto la sentencia no asigna una porción específica de la sanción a cada agravante valorado, basta señalar que el recurrente no demostró la desproporción de la sanción a la luz de la capacidad de distribución asignada a la empresa.

En consecuencia corresponde rechazar el recurso de queja de fs. 96/107.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Coincido con el señor juez de trámite, doctor Julio B. J. Maier, en cuanto concluye que la presente queja debe ser rechazada.

2. Los agravios contenidos en el recurso intentan demostrar un menoscabo de los principios de legalidad, razonabilidad, proporcionalidad y de los derechos de defensa en juicio y debido proceso.

3. En primer término, tal como lo pone de resalto el señor juez de trámite, la parte recurrente no ha logrado conectar de manera directa los agravios que a su criterio le provoca la sentencia impugnada con la aplicación de las reglas constitucionales antes mencionadas. En efecto, los desarrollos de la quejosa sólo ponen de manifiesto una discrepancia con el tribunal *a quo* respecto de la interpretación de diversas normas infraconstitucionales que regulan la forma de identificación de mercaderías comercializadas en el país, permiten establecer cuáles son los productos de uso masivo que llegan a los consumidores en los que debe exhibirse un símbolo de seguridad y determinan las sanciones que la Administración puede imponer ante incumplimientos en este sentido (leyes 22.802 y 24.240 y resol. 208/93, 851/98 y 799/99 de la Secretaría de Industria y Comercio de la Nación).

Desde sus inicios, este Tribunal ha establecido que “(l)a referencia ritual a derechos constitucionales, si no se acredita precisa y fundamen-

te 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, sentencia del 23/2/2000, en *CyJ, Fallos TSJBA*, II-2000, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 20 y ss.).

Así, la presentación en estudio no logra articular una cuestión constitucional en forma clara, razonada y fundada. La mera 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. 3°, CCBA).

4. Asimismo, tal como lo destaca el señor fiscal general de la Ciudad en su dictamen (fs. 116/117), las argumentaciones de la recurrente, en definitiva, se encuentran orientadas a lograr que este estrado ingrese al tratamiento de cuestiones que sólo se dirimen a partir de una apreciación de los hechos y de la prueba colectada en la causa —por ejemplo, para determinar si un producto (el super mega taza volador) puede ser considerado o no un juguete—. Al respecto, este Tribunal ya ha dicho en numerosas oportunidades que “cuestiones de hecho y prueba, como en el presente, en principio no habilitan el tratamiento de un recurso de inconstitucionalidad cuando no existe, por parte de quien tiene la carga de fundar el recurso y sostener la queja, una argumentación plausible que logre conectar aquellas cuestiones con la infracción a normas y principios constitucionales” (conf. “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. n° 1923/02, resolución del 19/2/2003; en el mismo sentido, “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Bertazzi, María del Carmen c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 2524/03, resolución del 11/2/2004).

5. Por último, en cuanto a la alegada arbitrariedad del pronunciamiento recurrido, corresponde recordar que este Tribunal ha expresado de manera reiterada 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 25/8/99, en *CyJ, Fallos TSJBA*, Ad-Hoc, Buenos Aires, t. I, pp. 282 y ss., entre otros].

La admisibilidad del recurso por la alegación de arbitrariedad en la sentencia debe ser estricta pues, como lo tiene dicho el más alto tribunal federal, “(u)n principio sustancial que caracteriza a la doctrina de la arbitrariedad es su naturaleza excepcional” (*Fallos*, 312:195). También cabe recordar las palabras de la propia CSJN cuando señala que “la doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados o que se reputan tales, sino que tiende 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*, 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 608 y 323:2196, entre otros).

Desde esta perspectiva, la parte recurrente no logra demostrar que los fundamentos dados por la Cámara para decidir acerca de la procedencia y cuantía de la multa impuesta a la empresa por parte de la Secretaría de Desarrollo Económico del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires afecten alguno de sus derechos constitucionales de manera irrazonable. La quejosa argumenta que el *a quo* habría sido contradictorio pues, en su concepto, por un lado, estimó que el daño no debe ser considerado para la verificación de la infracción, pero, en cambio, sí debe ser tenido en cuenta a los efectos de la graduación del monto de la multa (fs. 304 vta.).

La Cámara, una vez constatada la exigibilidad de cumplimiento de las normas cuya infracción aparece verificada en la causa (a partir de la valoración de la prueba que surge del expediente), justificó la procedencia de la sanción. Así, consideró innecesario para su configuración la existencia de intención o de daño a los posibles consumidores. A la hora de valorar la cuantía de la multa, el tribunal *a quo redujo su monto en la suma de \$ 10.000* con fundamento en el art. 49 de la Ley de Defensa del Consumidor, aplicable en la especie y cuya validez constitucional no se ha controvertido en estos autos.

La recurrente, en este punto, no rebate de manera consistente la caracterización de la infracción, no llega a acreditar solventemente el carácter inculpable de su obrar, ni se hace debidamente cargo de los argumentos del *a quo* que, con aplicación del texto legal específico, hicieron mérito de determinadas circunstancias que deben ser consideradas como parámetros para aplicar y graduar las sanciones —como la gravedad de los riesgos, su generalización y la posición en el mercado del infractor—. La quejosa sólo pone de manifiesto la supuesta omisión de la Cámara al momento de ponderar ciertos elementos que, en su concepto, serían conducentes para definir correctamente el monto de la multa (p. ej., ausencia de daño y

ausencia de reincidencia). De esta manera, no se logra configurar un agravio de naturaleza constitucional.

Corroborada la infracción, la autoridad administrativa valoró la conducta reprochada y fijó la multa dentro de la escala prevista (según leyes 22.802 y 24.344). La Cámara, por su parte, confirmó la procedencia de la sanción pero redujo su monto por considerarla excesiva a la luz de las circunstancias comprobadas de la causa. Es claro que, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “la facultad de graduación de la multa entre el mínimo y el máximo previsto en la ley, no escapa al control de razonabilidad que corresponde al Poder Judicial con respecto a los actos de la Administración Pública, incluso cuando se trata de facultades discrecionales de la administración (doctrina de *Fallos*, 313:153, entre otros). En modo alguno la discrecionalidad implica una libertad de apreciación extralegal, que obste a la revisión judicial de la proporción o ajuste de la alternativa punitiva elegida por la autoridad, respecto de las circunstancias comprobadas, de acuerdo con la finalidad de la ley” (*Fallos*, 321:3103). No obstante, como ya se dijo, en ningún momento la recurrente ha logrado construir en el caso un agravio de naturaleza constitucional a partir de las circunstancias antes señaladas. La valoración de hechos y prueba que condujo al *a quo* a la modificación de la cuantía de la sanción no constituye una materia que este estrado, por regla, pueda abordar por la vía procesal intentada. Por lo demás, en mi concepto, la sentencia recurrida exhibe fundamentos suficientes que respaldan acabadamente la decisión a que arriba, sin corroborarse en la especie una convalidación de un exceso de punición ni una omisión que menoscabe el derecho al debido proceso que asiste al justiciable.

Por las consideraciones expuestas, lo concordantemente dictaminado por el señor fiscal general y los fundamentos que en armonía con estos razonamientos lucen en el voto del señor juez de trámite, corresponde rechazar el presente recurso de queja.

Así lo voto.

Las juezas ALICIA E. C. RUIZ y ANA MARÍA CONDE dijeron:

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

En razón de lo expuesto, y de lo dictaminado por el señor fiscal general,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Rechazar* el recurso de queja interpuesto por la actora.

2°. *Dar por perdido* el depósito cuya constancia obra a fs. 94 (expediente de la queja).

3°. *Mandar* que se registre, se notifique y se devuelvan los autos principales con la queja.

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

XXIII

“SOSA, HUGO ALBERTO C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO”

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Admisibilidad. Caso constitucional. Chofer de taxi. Uso indebido de tarjeta. Robo. Sanción penal y administrativa. Poder de policía. Interpretación de normas infraconstitucionales. Tutela judicial efectiva. Principio *pro homine*

Expte. nº 3543/04 - 13/4/2005

VISTO:

El expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. Hugo Alberto Sosa patrocinado por el Defensor ante los juzgados de primera instancia en lo contencioso administrativo y tributario, inició una acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad para que se ordene a la Dirección General de Educación Vial y Licencias que deje sin efecto la baja para prestar el servicio como chofer del Registro del Servicio de Automóviles de Alquiler con taxímetro (RUTAX) establecida por disposición 2710-DGEVYL-02 y por disposición 868-DGVYL-03, que rechazó el recurso de reconsideración interpuesto (fs. 1/7).

Sostuvo que por no haber realizado ninguna de las conductas tipificadas en el art. 12, *in fine*, del dec. 132/96, la aplicación de esta norma al caso constituye una abierta violación al principio de tipicidad que rige en materia sancionatoria. Adujo, asimismo, que se afectó el derecho a trabajar y ejercer industria lícita y que se violó el principio de prohibición de doble punición.

2. La jueza de primera instancia desestimó la acción de amparo interpuesta. Sostuvo que no hubo una arbitrariedad manifiesta en el accionar del GCBA al decidir la baja del actor como taxista. Su conducta, consistente en entregar su tarjeta de conductor y el vehículo a un desconocido, importó hacer un uso indebido de la tarjeta, por lo que la subsunción de la conducta en el tipo que ha hecho la autoridad administrativa interviniente no merece cuestionamiento (fs. 253/254).

3. Esta decisión fue confirmada por la Sala II de la Cámara (fs. 271/272). Para así decidir, la alzada consideró que:

- a) la circunstancia de no haberse dispuesto en sede penal la sanción de inhabilitación como accesoria de la de prisión, no constituye obstáculo para la determinación de la responsabilidad administrativa del actor y la baja del registro de taxis, ya que el pronunciamiento administrativo es independiente del judicial en razón de ser distintas las finalidades perseguidas y los bienes jurídicos tutelados en cada uno de ellos;
- b) toda vez que utilizó su habilitación como chofer de taxímetros para perpetrar por medio de la indebida utilización del vehículo que le fuera confiado un robo calificado, la baja del registro no puede calificarse de manifiestamente arbitraria;
- c) no se ha sancionado al actor con una inhabilitación especial de naturaleza penal sino que se dispuso la baja del Registro como sanción prevista en el art. 12, *in fine* del dec. 132/96.

4. El actor interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 276/282), que fue concedido por la Cámara (fs. 292).

En sus fundamentos afirma que:

- a) del expediente administrativo surge que no realizó ninguna de las conductas tipificadas en la parte final del artículo citado por el acto administrativo;
- b) existe una violación al principio de legalidad por cuanto se ha aplicado una sanción para un comportamiento que no ha sido previsto como susceptible de pena por la norma;
- c) la justicia penal, competente para imponer la pena de inhabilitación especial en virtud de lo normado por el art. 20 bis del C.P., no impuso esa pena, y sólo lo condenó a dos años y seis meses de prisión en suspenso, como partícipe necesario del delito de robo en concurso real con robo en grado de tentativa.

5. El fiscal general, en su dictamen, considera que el recurso de inconstitucionalidad fue mal concedido por la Cámara y, en consecuencia, postula que sea declarado inadmisibile (fs. 300/302).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Corresponde al tribunal ante el que se interpone el recurso (en el caso, la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario) resolver circunstanciadamente si el recurso de inconstitucionalidad, *prima facie* valorado, cuenta, respecto de cada uno de los agravios que lo originan, con fundamentos suficientes para dar sustento a la invocación de un genuino caso constitucional. De modo tal que la concesión o denegatoria del recurso de inconstitucionalidad debe ser debidamente fundada.

El recurrente cuestiona la sentencia por dos razones:

- a) porque se lo sancionó por la realización de una conducta que no encuadra en la norma invocada en el acto administrativo, y
- b) porque la sanción fue impuesta por la autoridad administrativa y no por el tribunal que lo condenó penalmente.

La Cámara se limitó a mencionar el primer agravio y a expresar que se “aduce” la violación de los principios de tipicidad y legalidad y que se controvierte la aplicación de las garantías de los arts. 18, C.N. y 13, incs. 3º y 9º, CCBA (punto 3, resolución de fs. 192), sin efectuar el juicio de admisibilidad referido a cada agravio en particular (sólo mencionó uno, como dije), que le compete realizar en atención a los presupuestos objetivos y subjetivos del recurso de inconstitucionalidad.

Si bien la Cámara *a quo* deja a salvo el “juicio definitivo que sobre el recurso haga el superior”, la fórmula ritual utilizada no la dispensaba del deber de fundar la decisión que la ley le manda efectuar sobre la admisibilidad del recurso.

Queda dicho, entonces, que la resolución de fs. 292 no satisface la exigencia de fundamentación, propia de las sentencias interlocutorias.

2. Además, cabe señalar que en la concesión del recurso la alzada sólo hizo referencia al agravio vinculado con la atipicidad de la conducta y su relación con el principio de legalidad. Por ello podría considerarse que la cuestión referida a la vinculación entre la potestad punitiva penal y la potestad administrativa sancionatoria habría quedado fuera del conocimiento del tribunal, ya que el recurrente no solicitó aclaratoria de la decisión que omitió considerar la viabilidad del recurso por ese agravio.

3. El recurso de inconstitucionalidad del actor reitera los planteos efectuados en las instancias anteriores sin refutar las razones expuestas por las sentencias de grado para rechazarlos y sólo contiene una escueta mención de unos pocos artículos constitucionales.

Cabe recordar, que la referencia 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 *CyJ, Fallos TSJBA*, II-2000, pp. 20 y ss.).

Los agravios expuestos manifiestan la discrepancia del recurrente con la valoración de los hechos efectuada por los jueces de las instancias anteriores y su disenso con la interpretación de normas infra-constitucionales contenida en la sentencia recurrida, pero no involucran argumentos de carácter constitucional.

En efecto, como lo ha señalado el señor fiscal general en el punto III de su dictamen obrante a fs. 300/302 vta., tanto en el acto administrativo impugnado como en las sentencias de primera y segunda instancia se valoró si la conducta de Hugo Alberto Sosa podía considerarse uso indebido de la tarjeta de chofer, en los términos del art. 12 *in fine* del dec. 123/96. La acción reprochada a Sosa fue el préstamo a un tercero del taxi que él conducía y que fuera utilizado en la comisión de un robo. La justicia penal condenó a Sosa como partícipe necesario de ese delito. La valoración de los hechos y su adecuación a una norma sancionatoria, en principio, no involucra en forma directa la interpretación o aplicación de ninguna disposición constitucional. El agravio del recurrente cuestiona la forma en que aquel precepto ha sido aplicado en el caso, pero no plantea la inconstitucionalidad del art. 12 del dec. 123/96.

En consecuencia, el recurrente invoca la vulneración de derechos constitucionales pero no logra demostrar que exista relación directa entre lo decidido por las instancias anteriores y los principios constitucionales mencionados.

4. Sin perjuicio de lo expresado en el punto 2, deseo agregar en cuanto al segundo agravio —referido a la relación entre la potestad punitiva judicial y la sancionatoria administrativa— que también coincido con el señor fiscal general cuando alerta sobre la falta de argumentos constitucionales en el recurso.

En efecto, el recurrente describe un hecho: “Las autoridades judiciales competentes para disponer la sanción de inhabilitación especial no dispusieron tal pena” (fs. 280), luego transcribe un párrafo de una obra de doctrina y, por último, menciona que se debe aplicar la doctrina judicial de los fallos “Gagnotti”, “Vera” y otros más; pero no rebate con razones

de naturaleza constitucional los fundamentos dados por la alzada referidos a la potestad sancionatoria de la administración y su vinculación con los principios penales. Por lo demás, las razones que expresa la Cámara coinciden, en lo sustancial, con las que expuse en la causa “Arn, Telmo Iván c/Comisión Municipal de la Vivienda s/impugnación de actos administrativos s/recurso de apelación ordinario concedido”, expte. n° 2303/03, sentencia del 18/12/2003, puntos 7 y 8 de mi voto).

Finalmente, el recurrente tampoco expresa los motivos que justifiquen aplicar al caso la doctrina de los fallos que invoca (“Gagnotti”, “Vera”, etcétera), referidos a situaciones fácticas y normativas diferentes a las que plantea esta causa.

5. En suma, en tanto el recurrente no ha efectuado la crítica pormenorizada de la sentencia que recurre ni ha expuesto de manera precisa un genuino caso constitucional, conforme lo establece el art. 27, L.P.T., el recurso ha sido mal concedido y así debe declararse.

Así lo voto.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Coincido con el voto del señor juez de trámite en el sentido de que no se debió conceder el recurso de inconstitucionalidad, pero las razones que me conducen a ello son, parcialmente, distintas. En verdad, no son dos sino tres las razones por las cuales el actor se alza contra el acto administrativo: las dos mencionadas en el punto 1 del voto del señor juez de trámite y, en tercer lugar, el hecho general de que la sanción impuesta implica la disminución o pérdida de la capacidad para ejercer un derecho constitucionalmente concedido, como es el de trabajar o ejercer una industria lícita. De ellas, sin embargo, sólo dos merecieron el reproche de inconstitucionalidad que se elabora en el recurso concedido.

Me referiré a cada una de ellas por separado.

1. El problema de la atipicidad de la conducta que condujo a la sanción administrativa, en primer lugar, no implica una ilegalidad manifiesta ya que se trata de un problema de interpretación de la ley sancionatoria administrativa infraconstitucional, tarea para la cual el tribunal sólo excepcionalmente es competente; y, en segundo y principal lugar porque, antes bien que el recurso de inconstitucionalidad, debió ser rechazado *in limine* el propio amparo, puesto que contra todo acto administrativo que provoca una lesión existe un procedimiento judicial predeterminado como idóneo para su impugnación por el CCAyT. De tal manera, el amparo —más que el recurso actual— no era procedente por las dos razones invocadas que especifica el art. 14 de la CCBA: “Toda persona puede ejercer acción expedita,

rápida y gratuita de amparo, *siempre que no exista otro medio judicial más idóneo...*” y “contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que *...con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta ...*”.

2. Con referencia al hecho de no haber sido condenado a la pena de inhabilitación por el tribunal criminal que lo juzgó partícipe necesario de dos delitos contra la propiedad, sólo debo decir que la aplicación de la sanción en sede administrativa por un hecho diferente, puede ser correcta o errónea, acertada o desacertada, pero nunca arbitraria o ilegítima porque cada Poder se mantuvo en el ámbito de competencia que le corresponde: el tribunal penal al imponerle una pena por un delito y la administración pública al sancionarlo por aquello que consideró una grave falta administrativa, en ejercicio de su poder de policía.

3. Por último, *obiter dictum*, el agravio relativo a la limitación del derecho constitucional a trabajar o ejercer una industria lícita, sólo existente en la demanda originaria, es insustancial. Toda pena y toda sanción representan injerencias del Estado en derechos básicos de las personas y corresponde a su naturaleza su contenido limitante de la capacidad de esas personas para ejercer los derechos que, en principio, le son garantizados por las leyes fundamentales. Las penas y las sanciones administrativas como el poder de policía de la administración pública, han sido autorizadas en la competencia del poder respectivo por las propias Constituciones, a sabiendas de que ellas importaban disminuciones de derechos o de la capacidad para ejercerlos. De tal manera, si la facultad concedida fue ejercitada en el ámbito de competencia del funcionario que la ejerció —y, en el caso, eso no está discutido—, el argumento acerca de la incapacidad que esa pena o esa sanción genera resulta insustancial.

En razón de lo expuesto, voto por declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte actora.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Sosa (fs. 276/282) fue incorrectamente concedido por la Sala II de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario.

2. El actor sostiene que la sentencia recurrida vulnera el principio de legalidad (arts. 18, C.N. y 13, incs. 3º y 9º, CCBA) en dos aspectos diferentes:

- a) primero, porque se aplicó una sanción que no estaba establecida para el tipo de conducta atribuida al actor, y sin que se hubiera probado, efectivamente, que la hubiera realizado (principio de tipicidad de las conductas punibles).
- b) segundo, porque se le aplicó una sanción que no fue impuesta en la sentencia penal.

3. La Cámara, al pronunciarse sobre la admisibilidad del recurso, lo concedió únicamente en relación al primero de los agravios vertidos por el accionante.

En consecuencia, sólo habré de considerar la supuesta violación al principio de legalidad. He de destacar que el recurrente no ha interpuesto queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad en cuanto al segundo de sus agravios.

4. La sanción de baja del RUTAX dispuesta por el Gobierno de la Ciudad, y confirmada por las dos instancias judiciales intervinientes en esta causa, está basada en que el comportamiento del señor Sosa —consistente en haber entregado el vehículo de alquiler, que tenía a su cargo, a un tercero— configura por sí mismo la falta grave de “uso indebido de tarjeta” contemplada en el art. 12 *in fine* del dec. 132/96.

La crítica del recurrente a la interpretación de la norma citada no alcanza a poner en crisis los argumentos de la sentencia. Tampoco logra exponer en forma precisa y adecuada un caso constitucional, conforme lo dispone el art. 27 de la LPTSJ. Ni siquiera ha intentado rebatir las razones expuestas, por las autoridades administrativas y judiciales, para imponer y confirmar la sanción. Sólo se ha limitado, en todas sus presentaciones, a reiterar dogmáticamente que él sí había entregado el vehículo a un tercero, pero no había hecho lo propio con la tarjeta de taxista o, al menos, que esta circunstancia no fue probada. Sus manifestaciones constituyen una mera expresión de disconformidad con lo decidido, pero no son suficientes para sustentar el recurso intentado.

5. Por todo lo expuesto, voto por declarar mal concedido el recurso interpuesto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

I. Adhiero al voto del señor juez José O. Casás; no obstante, por las razones que expondré, considero necesario formular algunas consideraciones, especialmente vinculadas con el decisorio por el que la Sala concediera el recurso de inconstitucionalidad.

II. a) En su recurso de inconstitucionalidad, el actor planteó agravios vinculados con la exigencia de tipificación de la conducta punible en el derecho administrativo sancionador y la necesaria observancia del principio de legalidad en el derecho penal administrativo y con la improcedencia de la aplicación de una sanción de inhabilitación por las autoridades administrativas, cuando ésta no le fue impuesta como accesoria por el tribunal penal que lo condenó por considerarlo partícipe necesario del delito de robo en concurso real con robo en grado de tentativa.

La Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario adoptó una decisión cuestionable porque no evaluó de forma efectiva el agravio señalado en último término, no obstante lo cuál concedió “el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte actora”, y porque concluyó con una mera referencia a los enunciados relativos a la “aplicación de las garantías reconocidas en el art. 18 de la C.N. y en los incs. 3° y 9° del art. 13 de la CCBA” los que, a tenor de la redacción, quedaron sujetos al “juicio definitivo” de este Tribunal.

b) Un recurso como el planteado tiene previsto un trámite que transita por dos estadios: 1) el del juicio de admisibilidad, a cargo del tribunal que dictó el pronunciamiento que se intenta objetar y 2) el del juicio de procedencia, a cargo de estos estrados, en los que también se puede revisar el juicio de admisibilidad efectuado por el *a quo*, por ser este Tribunal el juez del recurso. En términos generales, la referencia al “juicio definitivo” formulada por la Cámara debiera considerarse orientada al de procedencia; pero tampoco ello es claro en la configuración del decisorio por el que se concedió el recurso.

La modalidad decisoria aludida determina que nos preguntemos, entonces, si el recurso fue concedido también con relación a la improcedencia de aplicación de la inhabilitación en sede administrativa —supuesto en el que nos encontraríamos ante una absoluta ausencia de fundamentos que le restaría eficacia como pronunciamiento judicial válido— o si ese tema no se encuentra comprendido en la conclusión del juicio de admisibilidad enunciada en la fórmula de la parte resolutive.

Ahora bien, de ser éste último el supuesto que enfrentamos, corresponde que nos preguntemos, ¿qué debió haber hecho el recurrente? El señor juez de trámite consideró que debería haber planteado una aclaratoria y que, al no haberlo hecho, habría consentido que la cuestión se considere como no incluida en el recurso. Dadas las circunstancias del caso, no acompaño tal valoración de mi distinguido colega —quien de todos modos trató el agravio al que aludió—. La parte contaba con una decisión que concedía el recurso, sin mayores precisiones; por lo que el pedido de aclaratoria podía generar un pronunciamiento que lo denegara con relación al agravio sobre el que se había guardado silencio, lo que excedería los límites establecidos para la aclaratoria en el art. 218, *in fine*, del CCAyT, por lo que la reformulación por tal vía sería improcedente.

¿Debió haber planteado una queja con relación al agravio omitido?, tampoco podemos llegar a tal conclusión sin que se nos ofrezcan dudas, porque —reitero—, la parte contaba con una decisión aparentemente omnicomprensiva.

Ante la situación expuesta, considero que las circunstancias derivadas de los defectos de fundamentación del pronunciamiento sobre la admisibilidad del recurso deben ser interpretadas a favor del justiciable y que, en razón de ello, debemos mantener en el análisis del recurso la consideración del agravio vinculado con la improcedencia de la aplicación de una sanción de inhabilitación por las autoridades administrativas. Tal solución es, entre las opciones posibles, la que mejor satisface los requisitos de la tutela judicial efectiva y la vigencia del principio *pro homine* en el marco del proceso justo (art. 18, C.N.; arts. 8º, inc. 1º y 25 de la CADH; 12, inc. 6º, CCBA, entre otros).

III. Establecido el marco de este pronunciamiento, debo señalar que comparto lo expuesto por el Dr. Casás con relación a la ausencia de fundamentos constitucionales que sustenten el recurso planteado por el actor con relación a los agravios vinculados con la atipicidad y la inobservancia del principio de legalidad —punto 3 de las consideraciones que efectuara en su voto—. Y otro tanto ocurre con relación al agravio relativo a la imposición de la inhabilitación, pues en su intento de fundamentación el actor no supera los límites de la mera discrepancia, sin intentar siquiera confrontar el criterio ya establecido por el tribunal en la materia, para intentar generar un cambio. A ello se suma que formula citas parciales de precedentes cuya temática general resulta ajena al contexto de decisión de esta causa.

El criterio no cuestionado por el recurrente —y aplicable en autos— es el que sostuve al pronunciarme, con fecha 18/12/2003, en la causa “Arn, Telmo Iván c/Comisión Municipal de la vivienda s/impugnación de actos administrativos s/recurso de apelación ordinario concedido”, cuando dije: “Nada impide que la conducta de un agente o funcionario público sea evaluada, al mismo tiempo, en sede penal y en sede administrativa. Mientras que en materia penal, por aplicación del principio de legalidad y reserva, rige —en relación al poder punitivo— una tipicidad absoluta que torna inaplicable la interpretación analógica; en el ámbito del poder disciplinario, la tipicidad es relativa o nula y, por ello, válida la interpretación analógica (conf. GOANE, René M.: “El poder disciplinario de la Administración Pública [algunos aspectos controvertidos en la doctrina nacional]”, en CASSAGNE, Juan C. [dir.]: *Derecho administrativo*, obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 1027)...”.

En síntesis, la ausencia de adecuada fundamentación constitucional priva al recurso de su sustento imprescindible, circunstancia que no fue adecuadamente apreciada por la Cámara, que debió haberlo declarado *inadmisibile* por tal circunstancia [conf. “Fundación Navarro Viola c/GCBA s/demanda contra aut. adm. s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, del 15/9/2004).

En mérito a lo expuesto, de conformidad a lo dictaminado por el señor fiscal general, voto porque se declare mal concedido el recurso de inconstitucionalidad planteado en autos por el actor.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Adhiero a la solución propuesta en el voto de mi colega Dr. Casás. El recurso carece de adecuada fundamentación, toda vez que la recurrente se limita a reiterar los agravios vertidos en ocasión de apelar la sentencia de segunda instancia sin hacerse cargo de los fundamentos que le suministró el a quo para conformarla.

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

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Declarar* mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte actora.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva a la Cámara remitente.

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

XXIV

“CONSEJO PROFESIONAL DE CIENCIAS ECONÓMICAS
DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES S/QUEJA
POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN:
‘CONSEJO PROFESIONAL DE CIENCIAS ECONÓMICAS
DE LA CABA C/GCBA S/OTRAS CAUSAS
CON TRÁMITE DIRECTO ANTE LA CÁMARA DE APEL.”

**RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad. Caso
constitucional. Cuestiones de hecho y de prueba.
Interpretación de normas infraconstitucionales. Derecho común.
Medicina prepaga. Defensa del consumidor. Arbitrariedad de sentencia**

Expte. nº 3546/04 - 20/4/2005

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. A fs. 2/3 (expediente principal), José María Maroto denunció ante la Dirección General de Defensa del Consumidor, dependiente del GCBA, que tramitó por expediente administrativo bajo el n° 79.920/00, por presunta infracción a los arts. 4° y 37, incs. a) y b), de la ley 24.240 (Ley de Defensa del Consumidor). En dicha presentación, el actor relató que el Sistema Médico del Consejo Profesional de Ciencias Económicas (SIMECO), que funciona bajo esa designación como servicio de medicina prepaga, había incrementado la cuota de su afiliación y la de su esposa por haber cumplido ambos 65 años de edad. El Sr. Maroto relata que ese incremento lo perjudica grave e inculpablemente por dos razones: *a)* el incremento de la cuota se llevó a cabo unilateralmente y sin su conocimiento previo, dado que cuando el actor y su cónyuge se adhirieron al sistema, no se les notificó que al cumplir los 65 años de edad sobrevendría, inmediatamente, el aumento; y *b)* el cambio de reglas aludido en el punto anterior significó un incremento de la cuota que la tornó prohibitiva, causa de la “expulsión automática” del actor y su cónyuge del sistema (fs. 3). En consecuencia, el Sr. Maroto solicita la intervención del organismo ante el que radica su denuncia a fin de que se vuelva a la cuota mensual que el denunciante abonaba hasta el momento de llegar a la edad mencionada, y que le sean reintegrados los importes cobrados en exceso por tal motivo (fs. 3).

2. A fs. 18 (expediente principal), la Dirección de Defensa del Consumidor (DDC) citó al representante legal de SIMECO “a los efectos del art. 45 de la ley 24.240, por presunta infracción a la ley de Defensa del Consumidor”. Tras la presentación en ese organismo del representante del Consejo Profesional de Ciencias Económicas, por un lado, y del Sr. José María Maroto, por otro, el representante de la DDC manifestó que:

- a)* abierta la instancia conciliatoria, las partes no arribaron a una amigable composición;
- b)* el denunciante ratificó su denuncia e instó “al procedimiento de ley”; y
- c)* la denunciada disponía de cinco (5) días hábiles para ofrecer su descargo, por presunta infracción al art. 4° de la ley 24.240, puesto que “quienes presten servicios deben suministrar a los usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características de los mismos”.

3. La denunciada produjo su informe de descargo (fs. 20/23 del expediente principal), acompañó documentación, ofreció prueba en tiempo y solicitó el “rechazo total” de la denuncia (fs. 20). En particular, negó que el ajuste de la cuota pudiera haberse realizado “unilateralmente y sin

el previo consentimiento” del Sr. Maroto. En efecto, el representante de SIMECO sostuvo que, en el acto de afiliación, el actor debió haber sido informado de manera precisa y oportuna de que al llegar a la edad de 65 años cambiaría de categoría como asociado al servicio mencionado de medicina prepaga, atento al hecho de que aquél debió haber aceptado que el Manual de Normas y Beneficios del SIMECO regulara los derechos de las partes. Asimismo, sostuvo que en la solicitud de afiliación se documenta con claridad que el beneficiario recibió un ejemplar del referido manual y que dicho plexo reglamentario regularía los derechos de las partes. Eso demuestra que el denunciante contaba con la información correcta y adecuada en lo que respecta a las consecuencias que para el asociado comportaba el cambio de categoría, establecida en el caso sobre la base de un criterio etario (fs. 21 vta.). La documentación respaldatoria se adjunta a fs. 24/26.

4. La ley 24.240, en su art. 41, dispone que la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires actuaría como Autoridad de Aplicación del régimen de esta ley. Al ocurrir la transferencia de dicha competencia al Gobierno de la CABA, como natural continuación de aquélla, la Autoridad de Aplicación queda por el mismo artículo facultada a “... delegar sus funciones en organismos de su dependencia...”. Conforme surge del art. 15 del dec. 119-GCBA-99, se ha designado como Autoridad de Aplicación de la ley 24.240, en el ámbito de la CABA, a la ex Secretaría de Industria, Comercio, Turismo y Trabajo, actualmente —según surge del Anexo II del dec. 1.361-GCBA-2000—, la Secretaría de Desarrollo Económico. Por ello, y en uso de las atribuciones legales conferidas por la ley 24.240 y el dec. 654-GCBA-01 y sus modificatorios, el responsable de la repartición actuante emitió una resolución (fs. 121/123 vta. del expediente principal) en la que resolvió imponer a la denunciada una sanción de multa de pesos cinco mil (\$ 5.000), por infracción a las disposiciones contenidas en los arts. 4º y 37, incs. a) y b), de la ley 24.240 (fs. 123). El fundamento de esta decisión significó acoger lo alegado por el denunciante, en cuanto el Secretario de Desarrollo Económico consideró que no puede determinarse con certeza y objetividad que el consumidor, Sr. Maroto, estuviera informado de que cuando su cónyuge alcanzara el límite etario de que se diera cuenta múltiplemente en este voto, su categoría iba a cambiar, y su cuota en concepto de cobertura médica, incrementarse más del 17,5 %. Por razonamiento analógico, no resultaba posible (en el sentido de *exigible*) tener por acreditado que al denunciante le asistía la información en punto a que, cuando éste cumpliera los 65 años de edad, su categoría iba a volver a cambiar y su cuota volvería a aumentar otro 17,5 %.

En otras palabras, el consumidor ignoraba que en el término de tres meses su cuota sufriría un aumento (para él inconsulto, abusivo y prohibitivo) de más de un treinta y cinco por ciento (35 %). Por su parte, para así decidir, el funcionario actuante estableció previamente que el manual acompañado por la denunciada y agregado a fs. 24 no tenía fecha, por lo que no había certeza de que se tratara del mismo manual que el consumidor reconoce haber recibido el día de su afiliación, el 20/7/1993 (fs. 122). El secretario que emitió la resolución se ocupó de señalar que, aun en el supuesto de considerar que el manual obrante a fs. 24 fuera igual al entregado al consumidor, éste se limita a indicar cambios de categoría en función del aumento de edad de sus asociados, así como el aumento de la cuota en virtud del cambio. Sin embargo, no se informa al consumidor ni al momento de contratar, y ni siquiera con antelación suficiente, la cuantía del aumento. De lo expuesto se concluye que la denunciada infringió el art. 4º de la ley 24.240 (fs. 122).

5. Por otra parte, el secretario de Desarrollo Económico atendió un segundo aspecto subyacente a la denuncia, el referido específicamente al carácter unilateral e inconsulto de los cambios operados en un plan que procura proteger bienes esenciales, cuales son, en el caso, la salud psicofísica y, lógicamente, la vida misma de las personas (fs. 122/122 vta.). El núcleo de la decisión del funcionario en punto a este segundo aspecto se resume en la siguiente conclusión: “[L]as cláusulas citadas, que establecen la facultad unilateral de la denunciada de modificar el importe de la cuota, sin informar al consumidor, con antelación suficiente la cuantía del aumento (que en el caso de autos fue del treinta y cinco (35 %), resultan *abusivas* [destacado suplementado] en los términos del art. 37 de la ley 24.240, inc. a) al desnaturalizar las obligaciones e inc. b) por cuanto amplía inequitativamente los derechos de la denunciada” (fs. 122 vta.). En sustento de su resolución, el Sr. Secretario citó asimismo jurisprudencia contundente, v. gr., el precedente de la Sala II de la CCaYT *in re* ‘Medicus S.A. c/Sec. de Comercio e Inversiones’, resol. 39/96, causa 23.966/96, 8/10/1996” (fs. 122 vta.).

6. Por último, el funcionario destacó que la cláusula 2.2. del manual que establece: “El convenio suscripto entre el beneficiario titular y S. M. C. podrá ser rescindido entre otras causas, en las siguientes oportunidades: a) en cualquier momento por cualquiera de las partes, sin mencionar causa y sin corresponder indemnización a ninguna de ellas...” resulta arbitraria en los términos del art. 37, inc. b) de la ley 24.240, por cuanto no es posible poner en un plano de igualdad al adherente y al *predisponente* (*sic*, fs. 122 vta.) respecto de las consecuencias de la ruptura contractual:

a la prestadora esta situación le podría significar sólo la pérdida de uno de sus miles de afiliados, en tanto que, para el prestatario, ello podría significar la pérdida de cobertura en un momento de extrema necesidad, la imposibilidad de acceder a otro régimen de cobertura por mayoría de edad, enfermedad, etc., o, en el mejor de los casos, la pérdida de la antigüedad obtenida (fs. 122 vta., *in fine*).

7. Contra esa decisión, la parte denunciada interpuso —ante la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario local— el recurso de apelación previsto en el art. 11 de la ley 757 (fs. 147/152 del expediente principal). Los agravios esgrimidos, que la conducen a solicitar la revocación de la disposición cuestionada (fs. 152), son múltiples y de variada naturaleza. Primero, la apelante cuestiona el fundamento que lleva a concluir al señor secretario que resulta empíricamente imposible establecer si el contenido del Manual agregado a fs. 24 es o no es el mismo que le fuera entregado al usuario al asociarse, ya que el propio denunciante acompaña un manual asociativo —que corre agregado a fs. 52/64— y, “en esencia, ambos manuales son iguales” (fs. 148). Segundo, sostiene que la disposición recurrida agravia a su parte y le causa gravamen irreparable porque ha sido dictada sin tomar en consideración la “especial naturaleza de su poderdante” (fs. 148/148 vta.). Con ello, el apelante quiere significar que el carácter de su mandante es el de persona jurídica pública no estatal (art. 1º, ley 466 GCBA), la que posee fines exclusivamente públicos y carece de todo objeto lucrativo. El aumento de la cuota, agrega, no está motivado por razones lucrativas, ajenas a su objeto, sino a “un cuidado, racional y lógico ajuste de precio que permita mantener el equilibrio de las contraprestaciones” (fs. 148 vta.). Tercero, no obstante apelar a declaraciones testimoniales que habrían sido desestimadas en la causa, enfatiza que “está probado estadísticamente” que los afiliados, al llegar a los 65 años, demandan mayor cantidad de servicios de atención médica y que ello tiene impacto en los costos de atención. La parte agrega que los indicadores estadísticos y las tasas de uso correspondientes al comportamiento de los servicios de salud indican que existe una banda etárea de alto consumo que comienza en todas las poblaciones a partir de los 55 años aproximadamente y tiene un crecimiento sistemático. Por aquello antedicho —continúa—, el estudio del mercado de las entidades de medicina prepaga indica que existen aumentos del valor de la cuota conforme el afiliado accede a predeterminadas bandas etáreas (en la mayoría de los casos, los aumentos se ubican en torno a los 65 años; fs. 149). Cuarto, niega que el incremento dispuesto por SIMECO sea inequitativo o abusivo, sino que responde al incremento de los costos del sistema derivado en

la mayor demanda de atención del afiliado, dato “estadísticamente comprobado” (no obstante el hecho de que, una vez más, estos asertos del apelante no aparezcan sustentados por documentación respaldatoria). Quinto, agrega que agravia a su mandante la disposición recurrida porque ésta se funda en la circunstancia de que el denunciante no fue informado, al inicio de la relación, de la cuantía del aumento, pretendida situación que la recurrente califica como “de imposible cumplimiento” (fs. 149 vta.), no sólo por razones económicas de índole nacional e internacional sino en virtud de la prestación de salud propiamente dicha. “Estamos frente a una pretensión irracional pues el cálculo pretendido es imposible. Calcular la cuantía del aumento a tantos años vista es materialmente imposible” (fs. 150).

8. La Sala II de la Cámara dispuso “...rechazar el recurso directo de apelación interpuesto y confirmar resolución (*sic*) impugnada, con costas...” (fs. 175 vta. del expediente principal). Para así decidir, el tribunal entendió que la apelante no acreditó en sede administrativa haber cumplido con el deber de información previsto en el art. 4º de la ley 24.240, disposición que resulta concordante con lo prescripto por la Constitución Nacional en el art. 42: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho (...) a una información adecuada y veraz”, así como por la CCBA, cuyo art. 46 garantiza el acceso a la información transparente y adecuada. La Cámara consideró que, en el caso bajo consideración, este derecho había sido violado en perjuicio del denunciante, Sr. Maroto. En sentido contrario a lo interpretado por la denunciada, los camaristas no consideraron que, de la simple lectura del manual (igual o distinto al portado por Maroto), se pueda llegar sin más a la conclusión de que se ha informado que al cumplir 65 años se incrementaría el valor de la cuota. El respeto al deber —y consiguiente derecho— de información no permitiría esa interpretación. No surge de la lectura de la cláusula referida a las “Categorías” (2.23 del Manual) que se *aumentará* la cuota, simplemente se menciona el cambio de categoría y la circunstancia de que se “facturará al socio titular la cuota correspondiente a la nueva categoría” (cláusula 2.23, *in fine*). La Cámara rechaza contundentemente el agravio de la denunciada relativo a la supuesta imposibilidad empírica de la provisión concreta de la información referida al aumento (fs. 173 vta.). En efecto, sostiene la Cámara: “[T]eniendo en cuenta que el primer aumento de la cuota se produjo en julio de 2000, entiendo que no existía imposibilidad material alguna para que unos meses antes de efectivizar dicho aumento le fuera notificada o informada al asociado esa circunstancia en atención a (...) [la proximidad del] cambio de categoría y el porcentaje —por lo menos aproximado— que ese aumento le acarrearía” (fs. 173 vta.).

Asimismo, la Cámara sostuvo que la facultad de modificar la cuota debe hacerse de acuerdo con lo convenido, sobre la base de parámetros claros y prefijados y siempre que su ejercicio no resulte abusivo. Al entender que dichos extremos no están claramente identificados, ni suficientemente acreditados, se confirma la infracción al art. 37, incs. a) y b) de la ley 24.240. Por su parte, la alzada rechazó el planteo de nulidad de la sanción formulado por la denunciada sobre la base de que el aumento de la cuota que dio origen a la denuncia del Sr. Maroto tuvo lugar en julio de 2000, fecha en que la ley de defensa del consumidor se encontraba plenamente vigente, factor que tornaba exigibles todas las obligaciones que ésta imponía. Por último, la Cámara confirmó el monto de la multa, en razón de no haber sido cuestionado por la denunciada.

9. A fs. 178/188 (expediente principal), la denunciada interpuso recurso de inconstitucionalidad por considerar que el fallo referido, al apartarse de las disposiciones constitucionales contenidas en los arts. 16, 18 y 19 de la C.N., así como de los arts. 10 y 13, inc. 3º de la CCBA, vulneró los principios de legalidad, de igualdad, de división de poderes, de defensa en juicio, de congruencia e incurrió en arbitrariedad. La Sala II de la Cámara declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad interpuesto (fs. 196/197 del expediente principal). Para decidir de ese modo, los camaristas se limitaron a expresar que los supuestos agravios invocados por la recurrente no habían sido fundados con mínima claridad y precisión y que, en cualquier caso, el recurso era improcedente toda vez que su único sustento radicaba en una interpretación parcial y selectiva del pronunciamiento impugnado.

10. La denegatoria del recurso de inconstitucionalidad motivó la deducción, por parte de la denunciada, del recurso de hecho que corre en el expediente del recurso de queja, en los términos contemplados en el art. 33 de la ley 402. Así, estos autos llegan a dictamen de la Fiscalía General adjunta de la CABA, en virtud de la delegación efectuada por el señor fiscal general, conforme lo establecido en el art. 21, inc. 1º, de la ley 21. A fs. 64/66 vta. (expediente de la queja), emitió su dictamen el señor fiscal general adjunto, quien propició desestimar la queja impetrada por considerar que el recurso, aunque fuera interpuesto en cumplimiento de los recaudos formales establecidos, no debe prosperar por cuanto no se advierte que la quejosa haya logrado construir plausiblemente un caso constitucional que habilite la competencia de excepción del TSJ, conforme la doctrina que este Tribunal tiene elaborada al respecto. El señor fiscal general adjunto tampoco advierte que los argumentos introducidos por la recurrente, referidos a la arbitrariedad de la sentencia, resulten suficientes para demostrar la pretendida incongruencia del contenido del decisorio,

ni que éste hubiere desatendido los argumentos deducidos por esa parte. Señala el señor fiscal que la argumentación esgrimida no logra exponer “el notorio apartamiento de lo decidido, respecto de las normas vigentes, por cuanto —conforme lo dispone el art. 3º del Cód. Civil— las leyes se aplican aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes” (fs. 66 del expediente de la queja).

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por el Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad de Buenos Aires a fs. 43/57 fue deducido en tiempo y modo oportuno (art. 33, ley 402). Empero, él no puede tener acogida favorable.

2. En principio, cabe apuntar que ninguna de las razones expuestas por la Cámara para no conceder dicho recurso fueron rebatidas convincentemente en el recurso de queja. Ello implica, según se aprecia sencillamente, que el recurso bajo examen carece de autosuficiencia, recaudo formal que torna pertinente la impugnación de referencia, cuya ausencia la torna improcedente.

3. En el ámbito sustancial de la controversia —a fin de conferir autonomía a este pronunciamiento y de dar debida cuenta de los profusos argumentos esgrimidos por la recurrente—, debe señalarse que el recurso no logra conectar los agravios concretos que —afirma— le provoca la sentencia con un motivo de impugnación de carácter constitucional, esto es —expresado de manera general—, con la aplicación de una norma que lesione una garantía constitucional referida directamente al caso. Ello significa que la quejosa no logró exponer fundadamente un caso constitucional, conforme lo establece el art. 27, ley 402, razón por la cual el juez de mérito dictó la sentencia definitiva; el tribunal no tiene competencia para decidir cuestiones de mérito, relativas al hecho, su prueba y la interpretación del derecho infraconstitucional que corresponde al caso. El recurrente sólo formuló reproches fácticos y críticas concernientes a la interpretación de normas que carecen de rango constitucional contenidas en la sentencia recurrida, así como incurrió en la mera enumeración de disposiciones constitucionales, sin vincular convincentemente esos reproches con las menciones que realiza, de manera de establecer una verdadera cuestión constitucional (conf. este Tribunal *in re* “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en ‘Fullone, Mirta Susana c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 3101/04, resolución del 17/11/2004 y sus citas, mi voto, consid. 1 y 2; “GCBA s/queja por recurso de incons-

titucionalidad denegado en: ‘Novik, Jorgelina Carla y Wlodkowsky, Irene c/GCBA s/amparo’”, expte. n° 1465/02, resolución del 24/4/02; ‘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. n° 1309/01, resolución del 6/3/2002 y sus citas).

4. En suma, la queja, si bien proclama en forma genérica la afectación de algunas garantías de raigambre constitucional, en el magro capítulo que dedica al asunto (fs. 14 vta./23 del expediente de la queja), no logra establecer la adecuada correspondencia entre los derechos cuya afectación invoca y el contenido de la sentencia recurrida.

El tribunal ya ha expresado, múltiplemente, que la referencia ritual a derechos y/o principios constitucionales contenidos en el recurso, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente para fundar el recurso por inconstitucionalidad, ya que si bastara la invocación genérica de un derecho, principio o garantía de raigambre constitucional —como los aquí involucrados—, este Tribunal se vería convertido en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad, posibilidad inadmisibile en el marco del recurso extraordinario local (conf. *CyJ, Fallos TSJBA*, II-2000, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 20 y ss., en: “Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja”, expte. n° 131/99, resolución del 23/2/2000; más próximo al momento actual: expte. n° 1898/02, “Droguería Americana c/GCBA [resol. DGR-7346-91] s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR’ s/recurso de apelación ordinario”, sentencia del 17/11/2003, aún sin publicar).

Las demás disposiciones puestas en juego para fundar la sentencia (Ley de Defensa del Consumidor, derecho civil, específicamente contractual, reglamentación local de regímenes de medicina prepaga) constituyen todas interpretación de reglas infraconstitucionales, tarea no comprendida por el recurso interpuesto ni constitutiva de la competencia del tribunal, más allá del acierto o desacierto de su interpretación, según puntos de vista de diversos intérpretes. El recurso de inconstitucionalidad no erige al tribunal, reitero, en una tercera instancia de hechos o del derecho común.

5. Asimismo, ante el argumento de arbitrariedad que esgrime la quejosa, es enteramente aplicable la doctrina previa del TSJ en el sentido de que, “bajo la designación de arbitrariedad la actora [en este caso: la recurrente] tiende a controvertir el fundamento jurídico contenido en la sentencia recurrida, sin incluir (...) razones de índole constitucional. La circunstancia de que la recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que la sentencia, más allá de su acierto o error, devenga infundada y, por ende, arbitraria” (conf. el tribunal *in re* “Federación Argentina de

Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas en *CyJ, Fallos TSJBA*, I-1999, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 282 y ss.).

Por lo demás, la CSJN —creadora de esta doctrina— señala que “la doctrina de la arbitrariedad posee un carácter estrictamente excepcional y exige, por tanto, que medie un apartamiento inequívoco de las normas que rigen el caso o una absoluta carencia de fundamentación” (*Fallos*, 323:2879), así como que la tacha de arbitrariedad debe ser apreciada estricta y restrictivamente, pues, según lo ha dicho la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación: “La doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados (...) sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N.” (*Fallos*, 312:246, 389, 608, 1839, entre otros); este Tribunal, expte. n° 726/00, “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo”, sentencia del 24/5/2001, *CyJ, Fallos TSJBA*, III-2001, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 240 y ss.; expte. n° 912 “Caballero, Jorge Alberto y otros s/art. 71, Cód. Contrav. —causa 555-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, sentencia del 5/12/2001, *CyJ, Fallos TSJBA*, III-2001, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 749 y ss.).

En definitiva, los argumentos que introduce la quejosa sólo versan sobre la interpretación asignable a normas infraconstitucionales (especialmente, la Ley de Defensa del Consumidor 24.240, su decreto reglamentario, el contrato de medicina prepaga de SIMECO) y acerca de la valoración de hechos y pruebas, ocurridos y arrimados a la causa.

En tal sentido, más allá de su acierto o de su desacierto, la sentencia de Cámara contiene sobrados argumentos para sostener el resultado que propicia.

En razón de lo expuesto, la queja planteada debe ser rechazada.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La queja articulada por el Consejo Profesional de Ciencias Económicas a fs. 43/57 no resulta admisible pues no logra poner en crisis el argumento en que se funda el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad; esto es: la ausencia de un caso constitucional en los términos del art. 27 de la LPT.

2. Si bien el recurrente intenta exponer la supuesta afectación de los principios de legalidad (art. 19, C.N.), de igualdad (art. 16, C.N.), de división de poderes (art. 1º, C.N.) y de la garantía de la defensa en juicio (art. 18,

C.N.), ese planteo no es más que una mera enunciación de derechos y garantías constitucionales sin conexión con algún aspecto particular de la causa. Y, en ese sentido, resulta de aplicación la jurisprudencia del tribunal según la cual “[l]a referencia ritual a derechos constitucionales si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente ya que si bastara la simple invocación de un derecho o garantía de raigambre constitucional este Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad” (conf. “Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja”, expte. n° 131/99, resolución del 23/2/2000, en: *CyJ, Fallos TSJBA*, II-2000, p. 20 y ss.).

3. La alegada arbitrariedad de la sentencia impugnada a partir de la cual se intenta suplir la ausencia de aquel recaudo legal no fue debidamente planteada, pues no logra demostrar que la hermenéutica propiciada por la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario respecto de los hechos y los arts. 4° y 37, inc. a) y b), de la Ley de Defensa del Consumidor (n° 24.240), por infundada, afecte principios constitucionales.

Como manifesté ya en otras ocasiones “la *mera discrepancia* del recurrente con el fallo impugnado no es un elemento para rechazar el recurso, sino un *presupuesto necesario, aunque no suficiente* (...). Al requisito señalado *deben sumarse otros*: la interposición en tiempo oportuno y la *introducción de un caso constitucional*” (conf., sin el destacado, “Carracedo, Hugo Luis s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado” y su acumulado expte. n° 2578, “GCBA s/recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado”, ambos en: “Carracedo, Hugo Luis c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]”, expte. n° 2567/03, resolución del 20/4/2004).

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

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez Julio B. J. Maier.

Los jueces LUIS F. LOZANO y JOSÉ O. CASÁS dijeron:

1. Adherimos a la solución propuesta por el señor juez de trámite, el Dr. Julio B. J. Maier. La queja debe ser rechazada por improcedente, pues tal como lo expresa nuestro colega preopinante, la recurrente no logra demostrar que los agravios propuestos tengan relación directa con las garantías constitucionales que se mencionan en el recurso. En cuanto a la tacha de arbitrariedad de la sentencia del tribunal *a quo* —y más allá de su acierto o error—, vale señalar que, cuando los agravios consisten en imputarle un defecto lógico que impide considerarla como un acto ajustado a las exigencias de los arts. 17 y 18 de la C.N., y dicho pronunciamiento se

funda en normas inferiores a las constitucionales que no se reputan contrarias a estas últimas, los cuestionamientos deben ser especialmente precisos, puesto que versan sobre asuntos acerca de los cuales el tribunal tiene una competencia decididamente acotada.

2. En primer lugar, el *a quo*, al analizar las cláusulas que permiten a la obra social aumentar el costo de las cuotas, sólo consideró exigible: *i*) en el caso del aumento por el cambio de categoría (edad), el aviso del incremento de la cuota *unos meses antes de efectivizar dicho aumento* junto con la mención del *porcentaje —al menos aproximado—* que representa (fs. 21 vta.), y *ii*) en el caso de aumentos en general, sea en virtud del cambio de categoría o en virtud de un incremento en los costos, que sea resuelto conforme a “lo convenido sobre la base de parámetros claros y prefijados y siempre que su ejercicio no resulte abusivo” (fs. 23). Al respecto, la quejosa sostiene que “los montos de las cuotas, son por todos los afiliados conocidos [...] y por otro lado están obviamente sujetos a variaciones, como todo tipo de servicios que sufren incrementos en virtud del acrecimiento de los costos [...]”. También se pregunta retóricamente: “[...] cómo podría darse a conocer esa variación de aumento de las cuotas, en forma precisa, y anticipada cómo requiere la Alzada. Ni bien se produce esa variación de la cuota, esa información está a disposición y se da a conocer a los asociados de cada categoría, a través de la facturación” (sic, fs. 27 vta.). Realiza a continuación otras consideraciones también genéricas acerca del carácter imprevisible de la evolución de los costos. No obstante, ninguna de las argumentaciones esgrimidas pasa de ser una mera discrepancia con lo resuelto por el *a quo*, ni funda adecuadamente la alegada arbitrariedad, toda vez que no explica ni demuestra acabadamente la imposibilidad de notificar los aumentos de cuota con alguna anticipación, o de fijar algún parámetro claro en el marco del cual dichos aumentos serán resueltos. En tales condiciones, el otro agravio relativo a la supuesta arbitrariedad cometida por el *a quo* en la lectura que hizo de la cláusula relativa a la modificación de la categoría, al entender que no expresaba claramente que la cuota aumentaría con dicha modificación, carece de relación directa con lo resuelto.

3. Igual consideración merece el agravio según el cual la sentencia del *a quo* resulta arbitraria por remitir a un texto de la cláusula 2.2 del Manual de Beneficios y Normas que no estaba inserta en el ejemplar acompañado por el denunciante, en el marco del trámite administrativo, sino en aquel otro que la obra social acompañó, a fs. 24 del expediente principal, como texto de aplicación general a sus afiliados (fs. 29). Baste para ello decir que el proceso en cuyo marco se ha establecido la sanción de multa que ahora se impugna judicialmente es de carácter administrativo y puede ser impulsado de oficio, sin

encontrarse, entonces, limitado por los agravios o el perjuicio que pueda llegar a invocar un denunciante —conf. art. 45 de la ley 24.240—. Tal circunstancia no ha sido debidamente ponderada por la apelante. En tales condiciones, este agravio carece también de relación directa con lo resuelto.

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

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja interpuesto por la actora.

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

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

XXV

“ROJT, JULIO M. Y OTRA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘ROJT JULIO M. Y OTROS C/CONSEJO PROFESIONAL DE CIENCIAS ECONÓMICAS S/AMPARO (ART. 14, CCBA)’

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL. INADMISIBILIDAD:

Amparo. Sentencia definitiva. Arbitrariedad de sentencia.

Acceso a otras vías judiciales. Nulidad de procedimiento disciplinario. Cuestión federal. Cuestiones de hecho y de derecho procesal. Interpretación de normas procesales y actos locales

Expte. nº 2689/03 - 4/5/2005

VISTO:

El expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

I. Los actores, Julio M. Rojt y Lidia B. Mellicovsky, interpusieron recurso extraordinario federal (fs. 42/47) contra la sentencia de fs. 34/37

que rechazó la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado por no dirigirse contra una sentencia definitiva, ni equiparable a tal.

2. Del recurso se dio traslado al Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad de Buenos Aires, quien se opone a la admisibilidad y procedencia del recurso (fs. 59/65).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El recurso interpuesto cumple con los requisitos extrínsecos de tiempo y forma exigidos ritualmente. Sin embargo, no puede prosperar.

2. Como lo expresé en la sentencia recurrida “(e)l pronunciamiento que rechazó la acción de amparo intentada no constituye una sentencia definitiva en los términos exigidos por el art. 27 de la ley 402” (véase mi voto a fs. fs. 35/36, al que me remito).

La sentencia cuestionada tampoco es definitiva, conforme el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para el recurso extraordinario federal.

En efecto, éste último sólo puede interponerse contra sentencias que priven definitivamente al interesado de los medios legales para reclamar la tutela de sus derechos. La Corte federal 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 tal la que pone fin al pleito o hace imposible su continuación, como así también la que causa un gravamen de imposible o insuficiente reparación ulterior, siempre que priven al interesado de otros medios legales para obtener la tutela de sus derechos o impidan el replanteo de la cuestión en otro juicio” (*Fallos*, 303:633, entre otros).

En particular, en cuanto al amparo la CSJN ha establecido, en numerosas ocasiones, que no constituye sentencia definitiva la que se limita a rechazar el amparo basada en que la cuestión debatida no podría ser dilucidada por la vía sumarísima y la que, sin emitir juicio alguno sobre el fondo de la pretensión jurídica del actor, advierte que él cuenta con vías judiciales aptas para hacer valer el derecho que invoca (*Fallos*, 308:2068; 311: 1357, entre otros).

En otras palabras, si la decisión no coloca al demandante en situación de indefensión o privación de justicia, por no ser posible acceder a otra vía judicial para la defensa del interés pretendido, la sentencia que rechaza el amparo sin pronunciarse sobre el fondo no es pasible de ser cuestionada por medio del recurso extraordinario federal.

La resolución que se recurre advirtió que los actores cuentan con la vía impugnativa establecida en la ley 466 en la que pueden replantear su preten-

sión de nulidad del procedimiento disciplinario, por tal razón es posible aún que los agravios denunciados resulten atendidos y remediados en la jurisdicción local. Ante una hipotética sentencia adversa a su pretensión, nada impediría que los actores planteen esa cuestión (y otras, si fuera del caso).

En suma: la suerte del proceso no ha sido aún definida en la jurisdicción local con un pronunciamiento definitivo. El agravio, así planteado, supone el fracaso de la vía judicial específica de la que los actores pueden valerse. La apelación federal extraordinaria se desarrolla, entonces, sobre la base de una conjetura. La decisión cuestionada no encuadra en el carácter de “sentencia definitiva”, que exige el art. 14 de la ley 48 (*Fallos*, 308:1271, 312:262, entre otros).

3. Además, los argumentos de la recurrente referidos a la inutilidad del recurso de la ley 466 se limitan a expresar que es ineficaz y tardío (fs. 46), sin dar mayores fundamentos. De todas formas, su discrepancia con la exigencia legal de impugnar la sanción por medio de esa vía se vincula con cuestiones de hecho y de interpretación de derecho procesal que, por su naturaleza local, impiden la concesión del recurso previsto en el art. 14 de la ley 48, por corresponder al conocimiento y decisión de los jueces de la causa y ajenos, como regla, a la instancia extraordinaria (doctrina de *Fallos*, 291:356; 303:925; 306:113; 311:59, entre otros).

4. Obsta, además, a la concesión del recurso, el carácter no federal de la cuestión debatida, pues —en definitiva— la actora cuestiona la interpretación que el tribunal efectúa sobre el cumplimiento de ciertos recaudos de impugnación relativos a un recurso local. Es jurisprudencia constante de la Corte Nacional la que excluye la existencia de cuestión federal cuando se trata de interpretar normas procesales y actos locales (*Fallos*, 114:42; 273:347; 308:1577 y 2423, entre muchos otros).

5. La invocación de la doctrina de la arbitrariedad 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).

6. Si bien se trata de un proceso de amparo, las reglas locales que lo rigen (art. 14, CCBA) son inaplicables al recurso para acudir ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Las costas, entonces, se imponen —de acuerdo con el CPCCN— a la vencida atendiendo al principio objetivo de la derrota y no mediar circunstancias que justifiquen apartarse de él.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Me adhiero a la opinión del señor juez de trámite en tanto la resolución recurrida no constituye sentencia definitiva, trata un cuestión de derecho local y no sólo no existe arbitrariedad alguna en la resolución de

este Tribunal, sino que, básicamente, la inexistencia de sentencia definitiva impide concretar cualquier agravio. Concuero también con la opinión del señor juez de trámite en cuanto a las costas (punto 6 de su voto).

En consecuencia, voto por declarar inadmisibile el recurso extraordinario federal intentado a fs. 42/47, con costas.

Los jueces ANA MARÍA CONDE y LUIS F. LOZANO dijeron:

Adherimos al voto de nuestro colega, el juez José O. Casás.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Denegar* el recurso extraordinario federal planteado por Julio M. Rojt y Lidia B. Mellicovsky a fs. 42/47, con costas.

2°. *Mandar* que se registre, notifique y, oportunamente, se devuelva a la Sala remitente con el expediente principal.

La jueza Alicia E. C. Ruiz no suscribe la resolución por estar en uso de licencia.

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

XXVI

“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”

RECURSO ORDINARIO DE APELACIÓN: Inadmisibilidad.

Actividad de intermediación financiera. Fabricación y venta de automóviles. Plan de ahorro previo. Impuesto sobre los ingresos brutos. Anticipos. Determinación de oficio. Base imponible reducida. Alícuota agravada. Principio de la realidad económica

Expte. nº 3351/04 - 4/5/2005

VISTO:

El expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. Por medio de la resol. 4169-DGRyEI/99 (fs. 268/272, antecedentes administrativos), la Dirección General de Rentas:

- a) impugnó las liquidaciones practicadas por Plan Óvalo S.A. de ahorro para fines determinados (en adelante: Plan Óvalo) en concepto de anticipos mensuales del Impuesto sobre los Ingresos Brutos por los períodos 12 de 1993, 1° a 12 de 1994, 1° a 12 1995, 1° a 12 1996 y 1°, 2° y 4° de 1997;
- b) determinó de oficio sobre base cierta la materia imponible y el impuesto correspondiente a esos períodos en la suma de \$ 869.345,38; y
- c) le aplicó una multa de \$ 565.074,50 (equivalente al 65 % del impuesto) en concepto de evasión fiscal.

Plan Óvalo interpuso recurso de reconsideración, que fue rechazado por la Dirección General de Rentas (en adelante: DGR) por medio de la resol. 3700-DGR/00 (fs. 315 y 316 vta., antecedentes administrativos).

2. La decisión administrativa fue impugnada mediante el recurso ante la Cámara Contencioso Administrativa y Tributaria previsto por los arts. 113 y 115 del C.F. (t.o. 2000).

La Cámara confirmó la determinación del impuesto efectuada por la DGR y revocó la multa (fs. 637/653). Las dos partes plantearon recurso ordinario de apelación contra la sentencia, pero sólo fue concedido el que interpuso Plan Óvalo (fs. 658 y vta.).

3. Ya ante el Tribunal, Plan Óvalo expresó agravios (fs. 666/671 vta.), los que fueron contestados por la Procuración General de la Ciudad (fs. 674/688 vta.). Tras el dictamen del fiscal general adjunto (fs. 691/693), la causa se encuentra en estado de ser resuelta.

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El recurrente, bajo el acápite “Cuestión principal” (fs. 666 vta./fs. 669) señala que “el meollo de la cuestión, radica en la interpretación de tres sencillas cuestiones que la Excma. Cámara mal interpreta (...) Como primera cuestión, está la errónea calificación de la actividad de mi parte, como de intermediación. (...) La segunda cuestión, es la equivocada atribución de financiera a la actividad de Plan Óvalo S.A. (...) La tercera cuestión que agravia, radica en que el fallo que se apela ‘interpreta’ que el principio de la realidad económica que legisla el C.F. (art. 12), permite cambiar la sustancia de las cosas y de los contratos”.

Luego, se agravia porque la sentencia no consideró la prueba informativa y pericial producida (fs. 669 vta./670 vta.) y finalmente, en forma genérica, formula objeciones a la sentencia (punto V, “Otros agravios”, fs. 671) que no constituyen —técnicamente— agravios concretos.

2. Como lo expresé en mi voto en la causa “Círculo de Inversores S.A. de ahorro para fines determinados s/recurso de apelación ordinario” en ‘Círculo de Inversores S.A. de ahorro para fines determinados c/GCBA —DGR— resol. 3087-DGR/00 s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR’, expte. n° 1150/01, sentencia del 13/2/2002, “lo que está en juego en la presente causa no es definir con precisión institutos jurídicos, sino desentrañar el significado corriente del concepto ‘intermediación’, utilizado en la norma como condicionante de la aplicación de la alícuota del 4,9 %, sobre una base especial. A este respecto, es necesario decidir si la actividad desplegada es subsumible en el significado usual del término, lo que no ofrece dudas en el *sub examine* ya que el ‘Círculo de Inversores’ es quien concreta las operaciones entre los suscriptores que conforman un grupo para la acumulación del ahorro, sustituyéndolos llegado el caso, grupos que no poseen personalidad jurídica propia, adquiriendo los bienes que se adjudicarán a los suscriptores, de las concesionarias o fábricas terminales, con lo que se evidencia que las sociedades de ahorro para fines determinados no solamente prestan servicios sino que, sustancialmente, coordinan el ahorro e ‘intermedian’ entre vendedores y compradores de bienes determinados./Es menester, en este caso, hacer prevalecer la actividad tal cual se despliega, descrita mediante el lenguaje corriente y usual, abandonando tecnicismos jurídicos, seccionándola en diversos institutos, típicos o atípicos —suscripción, mandato, mutuo— para calificarla sacramentalmente”.

En la misma sentencia, en el voto conjunto de los jueces Conde, Muñoz y Ruiz, se dijo: “3. *Es claro que la función económica de las sociedades de ahorro y préstamo es la de facilitar, por vía de la intermediación financiera, la vinculación entre los productores de determinados bienes y aquellos adquirentes que requieran de esta modalidad de auxilio financiero para su adquisición./Tampoco hay dudas que en la tarea de vinculación entre productores y consumidores, las sociedades de ahorro y préstamo canalizan el ahorro del público y facilitan, en virtud del mecanismo del sorteo y la licitación, a personas que no disponen del dinero suficiente para adquirir el bien en efectivo, el acceso a un vehículo./Las diferentes actividades que realiza la recurrente y que, según su argumentación, probarían que presta un servicio que excede la actividad de intermediación sólo son, en realidad, diferentes aspectos del modo en que dicha intermediación se realiza eficazmente./Para intermediar cana-*

lizando el ahorro del público se requiere, justamente, formar el grupo de ahorristas en número adecuado, percibir las cuotas, realizar la adjudicación del vehículo, ejecutar las deudas impagas, etc., conforme la propia enumeración de la recurrente (fs. 131)./La tarea de intermediación puede tener una mayor o menor complejidad de acuerdo a las características de la actividad considerada pero esa eventual mayor complejidad no permite que la intermediación deje de ser tal./En suma, no puede confundirse la modalidad de desarrollo de una intermediación con la eventual prestación de servicios y, de tal manera, *reducir ilegítimamente las sumas a ingresar en concepto de Impuesto sobre los Ingresos Brutos.*”

El criterio interpretativo al que adscribiera en el expresado precedente, se orienta, en el caso de no existir un concepto específicamente tributario —en la especie, de intermediación—, a utilizar las palabras a partir de su valor más usual o corriente, dejando de lado definiciones técnico-científicas.

3. Los agravios vertidos al fundar el recurso en la causa no rebaten adecuadamente un hecho: que en el proceso económico tendiente a la producción y enajenación de automóviles, la modalidad de venta mediante plan de ahorro previo, hace que —entre el *fabricante* de los automotores y el *adquirente*— intervengan dos operadores: la *administradora de los planes de ahorro previo* (cuya función es admitir concesionarias, integrar los grupos de adquirentes, recaudar los fondos y adjudicar las unidades) y el *concesionario* seleccionado por el comprador (que entrega y factura la unidad) —los cuatro agentes aparecen descriptos también en el informe ampliatorio de la pericia, de fs. 577.

Por lo demás, el actor no ha logrado exponer en forma convincente por qué razón la “administración de fondos aportados por el público” (objeto social de la firma, según se expresa) sería incompatible con la actividad de intermediación entre la fabricación y compra de automóviles. La demostración de la imposibilidad de concurrencia de esas dos actividades resulta ineludible pues las reglas de la experiencia indican que a través de Plan Óvalo uno accede a la compra de un automóvil Ford —función de intermediación— y que será Plan Óvalo quien administrará los fondos que se abonen para lograr ese objetivo —función de administración.

Sobre el punto cabe finalizar señalando que tanto en el informe pericial como en el presentado por el consultor técnico de la parte actora se muestra con claridad la actividad de intermediación que cumple la sociedad recurrente. En efecto a fs. 585 vta./587 vta., el consultor técnico expresa que Plan Óvalo aprueba cuáles concesionarias pueden participar ofreciendo la venta de automóviles por medio del sistema de ahorro, les

abona su retribución, conforma los grupos, percibe las cuotas de los planes de ahorro, adjudica los bienes, paga al fabricante el precio mayorista y al concesionario su estipendio, etcétera, en suma: es un agente económico cuya función reside en vincular a otros agentes económicos para hacer posible que la oferta se convierta en una venta.

4. La objeción a la calificación de “financiera” que la Administración y la Cámara efectúan de la actividad de intermediación de Plan Óvalo, es irrelevante.

Fundamentalmente, porque la alícuota agravada y base reducida se aplican, según el C.F. a *toda actividad de intermediación que se ejerza percibiendo comisiones, bonificaciones, porcentajes u otras retribuciones análogas tales como consignaciones, intermediación en la compra-venta, de bienes muebles en forma pública o privada...* (art. 37, inc. 12, ordenanza fiscal del año 1997, norma que se encuentra sucesivamente recogida en las distintas leyes tarifarias locales, v. gr. art. 56, inc. 9º de la ley tarifaria para el año 2004); enunciación en la que se subsume el hecho imponible debatido en este proceso.

5. Tal como lo señala en su agravio la actora, para decidir como se ha resuelto no era imprescindible echar mano del principio interpretativo de la “realidad económica”, aunque, valga aquí señalarlo, su invocación solo se efectúa incidentalmente en la remisión que a su voto en la causa “Círculo de Inversores” realiza el doctor Centanaro al pronunciarse en los presentes autos.

En este aspecto, téngase en cuenta que más allá de su previsión expresa en el C.F. de la Ciudad y en las ordenanzas fiscales municipales que lo precedieron, considero oportuno resaltar aquí que, desde mi perspectiva, los métodos de interpretación son a menudo técnica de argumentación e incluso, en ciertos casos, una fachada de justificación para arribar a determinadas conclusiones luego de la estimación de hechos que pueden llegar a ser controvertidos. Así las cosas, si al método de la “realidad” o “significación” económica se le asigna un valor añadido que lo lleve más allá de la utilización de los criterios teleológicos y contextuales, en lugar de limitar la libertad de la Administración, y particularmente del juez, exorbita discrecionalmente su actuación bajo la ficción de estar obedeciendo a la ley y a los principios objetivos de la interpretación. Así las cosas, entiendo que el aludido método interpretativo ha cumplido un ciclo, como una parábola que alcanzó el cenit de su apogeo al promediar el siglo veinte y que hoy se repliega, o lisa y llanamente capitula ante su indisimulable crisis en la mayoría de los países (conf. GONZÁLEZ GARCÍA, Eusebio: *La interpretación de las normas tributarias*, ob. cit., Capítulo

VII: “La interpretación del significado económico de las normas tributarias: las normas de calificación del hecho imponible”, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 63 a 71; AMATUCCI, Andrea: “La interpretación de la ley tributaria”, en AA.VV.: *Tratado de derecho tributario*, dirigido por el mismo autor, t. I: “El derecho tributario y sus fuentes”, parág. 3: “La interpretación económica”, Temis, Bogotá, 2001; pp. 597 614, y particularmente sus notas, entre otros muchos autores), lo que aconseja un uso prudente de esta herramienta hermenéutica.

6. Por lo demás, a partir de una interpretación “sistémica” de la regulación del Impuesto sobre los Ingresos Brutos en lo que hace a la determinación cuantitativa del gravamen, debe advertirse que existe correspondencia entre la mayor alícuota que para las operaciones de “intermediación” consagra la ley tarifaria con la base imponible especial que se reconoce a los “intermediarios”, donde no se abona el tributo sobre la totalidad de los ingresos efectivamente percibidos, sino sobre la diferencia entre ellos y los que corresponda transferir. *Paradójico resultaría que se pretendiera ser intermediario para la base imponible y no para la tarifa.*

7. En tanto los agravios referidos a la omisión en considerar la prueba informativa y pericial apuntan a desvirtuar la caracterización de “intermediación financiera” que la Cámara atribuye a la actividad de Plan Óvalo, no resulta menester considerarlos en esta instancia toda vez que, como lo expresé en el punto 3, Plan Óvalo efectúa la actividad de intermediación en la venta de bienes muebles, gravada en forma especial por la ley, con independencia de que ésta sea o no encuadrada como financiera.

8. Por las razones arriba expuestas, voto por el rechazo del recurso de apelación ordinaria, con costas a la vencida.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El recurso ordinario interpuesto por la actora —que cumple con todos los parámetros legales tendientes a su procedencia formal (fs. 692 y vta. del dictamen del señor fiscal general adjunto)—, no logra conmover los fundamentos dados por la Cámara para resolver del modo como lo hizo.

2. En efecto, en cuanto concierne a la cuestión tributaria que se dirime en la causa, cual es la caracterización de la actividad llevada a cabo por la recurrente durante los períodos fiscales por los que se formuló la determinación impositiva, este Tribunal tuvo oportunidad de pronunciarse conceptualmente *in re* “Círculo de Inversores S.A. de Ahorro para Fines

Determinados s/recurso de apelación ordinario, en: ‘Círculo de Inversores S.A. de ahorro para fines determinados c/GCBA —DGR— resol. 3087-DGR/00 s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR’”, expte. n° 1150/01, sentencia del 13/2/2002.

3. Por tal razón —toda vez que no tuve oportunidad de expedirme en ese fallo por hallarme en uso de licencia—, adhiero ahora sustancialmente al sentido de la posición entonces sustentada en el voto conjunto de los jueces Conde, Muñoz y Ruiz.

4. Me parece claro que la función económica de las sociedades de ahorro y préstamo es la de facilitar, por vía de la intermediación financiera, la vinculación entre los productores de determinados bienes y aquellos adquirentes que requieran de esta modalidad de auxilio financiero para su adquisición. Tampoco abrigo dudas acerca de que en la tarea de vinculación entre productores y consumidores, las sociedades de ahorro y préstamo canalizan el ahorro del público y facilitan, en virtud del mecanismo del sorteo y la licitación, a personas que no disponen del dinero suficiente para adquirir el bien en efectivo, el acceso —en este caso— a un vehículo. Para formalizar esa intermediación entre el ahorro del público y la cosa a adquirir se requiere, justamente, formar el grupo de ahorristas en número adecuado, percibir las cuotas, realizar la adjudicación del vehículo, ejecutar las deudas impagas, etcétera. Asimismo, la tarea de intermediación puede revestir una mayor o menor complejidad de acuerdo a las características de la actividad considerada, pero esa eventual mayor complejidad no consiente que la intermediación deje de ser considerada como tal. Concluyo, entonces, que no puede confundirse la modalidad de desarrollo de una intermediación con la eventual prestación de servicios y, de tal manera, someter ilegítimamente a la tasa general del gravamen (3 %) las cantidades a ingresar en concepto de impuesto sobre los ingresos brutos, sino que corresponde la referencia a la especial del 4,9 % (sobre todo si, además, se calcula con base reducida).

5. En efecto, en el impuesto sobre los ingresos brutos —art. 34, ítem 83301, en la ordenanza tarifaria para 1993; art. 35, inc. 12, en la ordenanza tarifaria para 1994, art. 32, inc. 12, en la ordenanza tarifaria para 1995 y art. 56, inc. 9°, en la ordenanza tarifaria para el año 2005—, se exceptúa de la tasa general a: “...Toda actividad de intermediación que se ejerza percibiendo comisiones, bonificaciones, porcentajes u otras retribuciones análogas tales como consignaciones, intermediación en la compra-venta de bienes muebles en forma pública o privada...”. De todos modos, a los fines de la caracterización de la actividad de que se trata, la última de las normas citadas, también establece la alícuota del 4,9 % (con base imponible

especial) a las actividades de: “1. Compañías de capitalización y ahorro...” (precepto que también viene reproduciéndose a la letra desde anteriores ordenanzas).

6. Debo enfatizar que la referencia, decididamente tangencial, que el juez Centanaro efectúa en “Círculo de Inversores” sobre el denominado *principio de la realidad económica*, tal como lo señala el ilustrado voto del señor juez Casás en esta causa, no resulta imprescindible para resolver la contienda. La actividad que realiza la recurrente, según surge del relato por ella efectuado y de la documentación jurídica de la causa, es la de vincular de una forma peculiar a productores y consumidores. Y tal tarea, a los específicos fines tributarios, se califica de intermediación. No sólo resulta lógico, por lo antes dicho, calificar a ese comportamiento como una intermediación sino que, además, se encuentra claramente justificada la decisión legislativa de incluirlo en el listado de actividades gravadas al 4,9 %.

Coincido con el juez Casás acerca de la falta de necesidad de ponderar prueba en esta instancia, en atención al modo como se resuelve (consid. 7 de su voto en esta causa).

7. Por las razones expuestas, voto por el rechazo del recurso de apelación ordinaria, con costas a la vencida.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Coincido con la solución propuesta en el voto de mi colega, Dr. José O. Casás.

2. Este tribunal en la causa “Círculo de Inversores”, ya citada, caracterizó la actividad desarrollada por las sociedades de ahorro para fines determinados como “intermediación”, rubro que impone tributar el ISIB bajo una alícuota agravada (4,9 %) que se combina con una base imponible reducida.

Las ordenanzas tarifarias aplicables a los períodos por los que el fisco reclama diferencias en el pago del ISIB establecen, para el impuesto que nos ocupa y en lo que aquí importa, una tarifa general (3 %) para las actividades que no tengan asignado un tratamiento especial. La recurrente sostiene que Plan Ovalo brinda un servicio sujeto a la tasa general, aunque no indica en cuál de los servicios enumerados debería quedar incluida (conf. art. 32, incs. 22 al 47, ordenanza tarifaria, dec. 2135/93 y concordantes). Sin embargo, en tanto la contribuyente no desvirtúa que su actividad consiste, por un lado, en vincular a los adherentes del sistema entre sí, y luego al grupo de ahorro con terminales y concesionarios, para lograr la adjudicación de un automotor al que individualmente cada

suscriptor no accedería, es correcto subsumirla bajo el rubro “intermediación” y excluirla del ámbito de actividades sometidas a la alícuota general, tal como lo hizo la sentencia impugnada. Para determinar la tarifa aplicable resulta indiferente si se atribuye carácter financiero o no a la intermediación, en cualquier caso la tasa para los intermediarios es del 4,9 por ciento (conf. art. 35, ordenanza tarifaria, dec. 2135/93 y conc.). Por otra parte, cabe señalar que Plan Ovalo tributa el ISIB sobre una base imponible reducida y que la retribución percibida como “cargos por administración” se calcula sobre el precio de lista de los automotores, es decir, constituye un porcentaje, de los contemplados en las OF aplicables (v. gr. art. 122 de O.F., dec. 505/94 y concs.). Frente a ello, como indica el voto del Dr. Casás, el sistema tributario liga base reducida y tarifa agravada de manera tal que un mismo contribuyente no puede liquidar el ISIB con base especial y tasa general.

3. En cuanto a los vicios de procedimiento ocurridos durante la tramitación del expediente administrativo que originó este pleito, la recurrente no desarrolla una crítica concreta y razonada de los argumentos por los que el *a quo* decidió que ni la forma en la que se le confirió vista de las actuaciones, ni la limitación probatoria dispuesta por la DGR vulneraron el derecho de defensa de Plan Ovalo y que por tanto, las objeciones apuntadas carecían de entidad para “declarar la nulidad de la pretensión fiscal” (fs. 644 vta. y 647 vta.). En este punto como el contribuyente no se hace cargo de los fundamentos de la sentencia impugnada, el recurso se declara desierto.

4. Finalmente, por las razones dadas en el apart. 2, resulta insustancial analizar la prueba cuya omisión, según la recurrente, descalifica la sentencia impugnada, pues tanto el peritaje como la prueba de informes apuntan a desvirtuar el carácter de “intermediación financiera” atribuido a la actividad del contribuyente. Tal como señala el voto del Dr. Casás, Plan Óvalo debe tributar el ISIB bajo una alícuota agravada por su condición de intermediario sin que sea necesario a su vez calificar la intermediación como financiera.

Por las razones dadas, corresponde rechazar el recurso ordinario de fs. 656, con costas a la vencida.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero a la solución propuesta por el juez Casás en su voto:

Ya he tenido oportunidad de señalar que la función económica de sociedades como la actora “...es la de facilitar por vía de la intermediación, la vinculación entre los productores de determinados bienes y aquellos

adquirentes que requieran de esta modalidad de auxilio financiero para su adquisición.//No hay dudas que en la tarea de vinculación entre productores y consumidores, las sociedades de ahorro y préstamo canalizan el ahorro del público y facilitan, en virtud del mecanismo del sorteo y la licitación, a personas que no disponen del dinero suficiente para adquirir el bien en efectivo, el acceso a un vehículo” (conf. mi voto junto con los jueces Ruiz y Muñoz en la causa “Círculo de Inversores S.A. de ahorro para fines determinados s/recurso de apelación ordinario, en ‘Círculo de Inversores S.A. de ahorro para fines determinados c/GCBA —DGR— resol. 3087-DGR/00 s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR’”, expte. 1150/01, sentencia del día 13/2/2002).

Como bien lo destaca el juez Casás, la recurrente no fundó adecuadamente su argumento relativo a la supuesta incompatibilidad que existiría entre la tarea de administración de fondos aportados por el público, que desarrolla Plan Óvalo S.A., y la actividad de intermediación que éste tiene entre el fabricante y el comprador de los automóviles marca Ford. Ambas actividades no están superpuestas ni se excluyen entre ellas como lo pretende la recurrente. Por el contrario, son concatenadas y complementarias una de la otra. Así, mientras que la administración de los fondos aportados por el público tiene como finalidad la compra de un vehículo —objeto social de Plan Óvalo S.A.—, la de intermediación está dirigida a canalizar y facilitar la vinculación entre el fabricante y aquellos adquirentes-ahorristas que integran un grupo organizado por la propia recurrente.

No puede confundirse la intermediación con la eventual prestación de servicios y así reducir las sumas a ingresar en concepto de impuesto sobre los ingresos brutos.

Los agravios vertidos por la parte recurrente cuando sostiene que es erróneo calificar de “financiera” a la actividad desarrollada por Plan Óvalo S.A. y cuando alude a una errónea aplicación del principio de la realidad económica, resultan irrelevantes para la dilucidación de esta causa, como lo analiza acertadamente mi colega en el voto al que adhiero.

Por las razones expuestas, voto por el rechazo del recurso de apelación ordinario interpuesto por Plan Óvalo S.A., con costas a la vencida.

Por ello, y oído el fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Rechazar* el recurso ordinario de apelación planteado por Plan Óvalo S.A. de ahorro para fines determinados, con costas.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique a las partes y al fiscal general adjunto y se devuelva a la Cámara remitente.

La jueza Alicia E. C. Ruiz no suscribe la resolución por estar en uso de licencia.

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

XXVII

“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”

RECURSO DE QUEJA: Inadmisibilidad. Fundamentación. Autosuficiencia. Invocación genérica de derechos constitucionales. Principio de *ne bis in idem*. Extemporaneidad. Funcionario público. Proceso penal. Poder disciplinario. Principio de legalidad. Tipicidad. Interpretación. Analogía

Expte. nº 3560/04 - 4/5/2005

VISTO:

El expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. Manuel Jorge Lombao interpuso recurso de revisión ante la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario, con fundamento en lo dispuesto por el art. 464 del CCAT, contra la resol. 882-SS/01 del 17/9/2001 que dispuso su cesantía en la Comisión Municipal de la Vivienda. Solicitó la revocación del acto y su inmediata reincorporación en las funciones que desempeñaba.

El actor sostuvo que la resolución recurrida se sustenta en el sumario 564/97, que debe reputarse nulo por contravenir lo dispuesto en el art. 38 del Estatuto del Personal de la Comisión Municipal de la Vivienda. Afirma que jamás se le notificó formal y legalmente la existencia, las constancias y el contenido de ese sumario, por lo que se afectó su derecho de defensa.

Adujo, también, la ilegitimidad de la sanción impuesta mediante la resol. 882-SS/01 por carecer ésta de fundamentos suficientes, en tanto los testimonios obrantes en el sumario no constituyen indicios ni presunciones directas, concordantes e inequívocas que permitan sustentar la decisión; es decir, no existen elementos suficientes en el sumario que permitan presumir la inconducta que se reprocha al actor (fs. 1/5, autos principales).

2. La Sala I de la Cámara de Apelaciones rechazó el recurso de revisión interpuesto contra la resol. 882-SS/01 e impuso las costas a la parte actora (fs. 104/107 vta., autos principales).

Para así decidir la Cámara consideró:

- a) el sumario instruido resultaba ajustado a derecho y que la recurrente pudo ejercer adecuadamente su derecho de defensa. Así, a través del acta de fs. 94 se puede constatar que la instrucción informó al agente el cargo imputado, le permitió tomar vista del expediente, extraer fotocopias y presentar su descargo.
- b) La accionada cumplió con lo establecido en el art. 38 del Estatuto para el Personal de la Comisión Municipal de la Vivienda, ya que al momento de producirse la imputación formal de los cargos se hizo saber al Sr. Lombao en presencia de su letrado patrocinante cuál era la conducta que concretamente se le reprochaba, se le entregaron las copias pertinentes y se le informó sobre los derechos que le asistían en el marco del procedimiento sumarial.
- c) Las declaraciones testimoniales que obran en el sumario administrativo y en la causa penal demuestran la existencia de un vínculo entre el apelante y la Sra. Parlatore, cuya finalidad era agilizar irregularmente los trámites administrativos necesarios para la adjudicación de viviendas. Estos testimonios —aportados por diferentes personas que no poseen vínculo en común y que resultan concordantes y precisas en la descripción de las circunstancias fácticas analizadas— permiten afirmar que existen concordantes y razonables indicios que llevan a la convicción de que el actor ha participado en los hechos que se le imputan y que, en consecuencia, el acto sancionatorio resulta ajustado a derecho.

3. Contra esta decisión el actor interpuso recurso de inconstitucionalidad con fundamento en la arbitrariedad de la sentencia recurrida (fs. 110/114, autos principales), que fue denegado, por mayoría, por la Cámara (fs. 127/128, autos principales). El recurrente dedujo, entonces, la presente queja (fs. 47/51 vta.).

4. El fiscal general, en su dictamen, propuso el rechazo del recurso de hecho (fs. 58/59).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. No obstante su interposición tempestiva (art. 33, ley 402), la queja planteada por Manuel Jorge Lombao no puede prosperar.

2. El escrito del recurrente no efectúa una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad.

Si bien en el punto II, bajo el título “Argumentos del tribunal de alzada”, se propone una síntesis de los argumentos denegatorios, luego no rebate argumentativamente los fundamentos por los cuales la Cámara resolvió no conceder el recurso de inconstitucionalidad (fs. 47 vta.). En efecto, el recurrente tras reseñar el auto denegatorio, pasa a referirse a lo que él considera “el agravio general que causa la sentencia” consistente en el desconocimiento por el *a quo* “de los alcances de la garantía del debido proceso”; en particular —como lo desarrolla a partir del punto III.3 (fs. 48 vta./51)— en lo atinente a la garantía del *ne bis in idem*.

Pero ninguna de las razones expuestas por la mayoría de la Cámara para no conceder recurso de inconstitucionalidad (fs. 127/127 vta., autos principales) fueron cuestionadas en el escrito de queja.

Es aplicable, entonces, lo señalado por la CSJN en lo relativo al fundamento que deben expresar las quejas por

recursos denegados [*Fallos*, 290:391; 293:166; 302:502; 308:2263; 311:2338; en el mismo sentido este TSJ *in re* “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Hamilton, Guillermo Daniel c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 2158/03, sentencia del 2/4/2003, entre muchos otros].

Lo expuesto basta para rechazar el recurso de queja.

3. Además, como ha sido correctamente destacado por el señor fiscal general en su dictamen, en el recurso de queja se modifica el planteo constitucional efectuado ante la instancia anterior.

El actor en el recurso de inconstitucionalidad, tras una genérica invocación de derechos constitucionales —legítima defensa, igualdad ante la ley, propiedad, principio de legalidad— (fs. 110 vta., autos principales), centró su agravio constitucional en la afectación de su derecho de defensa por la arbitrariedad de la sentencia recurrida. El recurrente discrepó con la interpretación efectuada por la Cámara respecto de los hechos que, a juicio del tribunal, demostraban que el sumario administrativo fue

instruido conforme a derecho (tomar vista del expediente, extraer fotocopias, efectuar su descargo, etcétera). También cuestionó que la sentencia considerase debidamente acreditado el hecho que se le imputó, ya que, según lo afirma el recurrente, él no tuvo ninguna participación en la causa penal que se instruyó contra Parlatore.

En cambio, en la queja traída ante el Tribunal, el recurrente abandona el planteo vinculado con la validez del sumario administrativo e introduce como agravio constitucional la afectación del *ne bis in idem*, en atención a que en sede penal se habría probado que entre el actor y Parlatore (que admitió su culpabilidad) no existía vínculo alguno y que el recurrente no habría tenido ninguna participación en el delito cometido por Parlatore.

Esta cuestión, reedita en la queja el planteo respecto de la prueba del hecho imputado que, bajo la impugnación por “arbitrariedad”, se efectuó en el recurso de inconstitucionalidad que la precede. De tal forma, ese enfoque del problema constitucional (afectación del *ne bis in idem*) no fue sometido a la consideración del tribunal *a quo* en oportunidad de fundar el recurso de revisión y tampoco al plantear el recurso de inconstitucionalidad, como lo señala el señor fiscal general en su dictamen (fs. 58 vta.). Esa circunstancia dejó al tema fuera del marco del debate desarrollado por las partes en la causa, lo que impide su ponderación en este estrado (art. 27, ley 402). De admitirse ahora su consideración se lesionaría el derecho de defensa de su contraparte, pues el tribunal pasaría a valorar cuestiones sobre las que la demandada no fue oída en ninguna oportunidad.

Sobre el punto cabe reiterar lo expresado anteriormente por el tribunal: “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 (...) resulta extemporánea” (*in re* “Consortio 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. n° 1286/01 sentencia del 20/2/2002).

Por lo demás, argumentar en este caso como cuestión constitucional la violación del *ne bis in idem* a partir de la pretendida incidencia de un proceso penal sobre la posterior resolución administrativa sancionadora, resulta desacertado. Si el actor no intervino en el proceso penal y ninguna de las decisiones de mérito adoptadas en ese proceso se refirieron a él, “lo allí resuelto no produce efectos de cosa juzgada en su favor” (conf. dictamen del Ministerio Público Fiscal, fs. 59), ni impide que la Administración se pronuncie y sancione la conducta del señor Manuel Jorge Lombao.

Por lo expresado en los puntos precedentes, la presente queja debe ser desestimada.

Así lo voto.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por Manuel Jorge Lombao no puede tener acogida favorable. Asumo, de tal modo, el criterio que propone en su voto el señor juez de trámite, José O. Casás, el cual comparto, en tanto propicia rechazar la queja. Coincido con los fundamentos precisos del señor fiscal general en su dictamen y los desarrollos del doctor Casás en aquellos casos en que resultan coincidentes con el primero.

2. En principio, cabe apuntar que ninguna de las razones expuestas por la Cámara para no conceder el recurso de inconstitucionalidad fueron rebatidas convincentemente en el recurso de queja. Ello implica, según se aprecia sencillamente, que el recurso bajo examen carece de autosuficiencia, recaudo formal que torna pertinente la impugnación de referencia, cuya ausencia la torna improcedente. Asimismo, como lo advierte con toda precisión el señor fiscal general en el punto II de su dictamen, desarrollo con el que concuerda el doctor Casás (consid. 3 de su voto), el escrito de interposición de la queja exhibe un defecto sustancial que inhibe la intervención del TSJ. En efecto, el agravio relativo a la presunta vulneración del principio *ne bis in idem* ha sido introducido de manera extemporánea, pues no fue sometido a la consideración de la Cámara tanto en oportunidad de dictar el primer pronunciamiento como al expedirse respecto del recurso de inconstitucionalidad. Por consiguiente, el agravio aparece como una reflexión tardía y el tema no puede reputarse parte del marco del debate planteado en el recurso de queja que deba ser objeto de ponderación en este pronunciamiento (conf. art. 27, ley 402 y este Tribunal en las causas “Oniszczyk, Carlos Alberto y Vallejos, Patricia Teresa Itatí s/ley 255 [Federico Lacroze 3531]”, expte. n° 2955, resolución del 24/8/2004, votos de los jueces Casás, consid. 2.a y Conde, consid. I; “Pattarone, César Marcelo José s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Pattarone, César Marcelo José y Zava, Cristian s/art. 72, Cód. Contrav. —apelación’”, expte. n° 2809/04, resolución del 24/5/2004, especialmente voto del señor juez Casás, punto 1, entre otras decisiones). La extemporaneidad del planteo efectuado en la queja es suficiente para rechazarla con relación al motivo intentado.

3. Además, los argumentos a través de los cuales la actora procura articular plausiblemente el agravio referido al principio *ne bis in idem* son pasibles de dos críticas que los descalifican. En primer término, si la queja no prestó declaración en sede penal ni fue citada en la causa criminal

seguida contra María Bibiana Parlatore (conf. fs. 49 vta./50), su posterior alegación en cuanto a que se probó en dicha causa que no había tenido ningún grado de participación en el delito cometido por Parlatore no resulta inteligible: como afirma el señor fiscal general, si la quejosa “no fue parte en el proceso penal, lo allí resuelto no produce efectos de cosa juzgada en su favor” (fs. 59 del expediente de la queja; conf. el criterio concordante del señor juez de trámite, consid. 3 *in fine* de su voto); más aún, fácticamente no existe en ese procedimiento penal resolución de mérito alguna sobre el Sr. Lombao. En segundo término, lo acaecido en sede penal no podría invalidar *per se* la sanción de la conducta de la quejosa por parte de la Administración. Al respecto, sólo debo decir que la aplicación de la sanción en sede administrativa puede ser correcta o errónea, acertada o desacertada, pero nunca arbitraria o ilegítima porque cada Poder se mantuvo en el ámbito de competencia que le corresponde. En efecto, es menester destacar que la facultad de la Administración de sancionar las conductas de sus agentes está sujeta a diferentes condicionamientos formales y sustanciales que para su ejercicio impone, en cada caso, el ordenamiento jurídico. En tal sentido, la autoridad administrativa estimó que la conducta del Sr. Lombao configuraba un injusto administrativo-disciplinario grave conectable con la sanción de cesantía, que le impuso en ejercicio de su poder de policía.

En razón de lo expuesto, la queja planteada debe ser rechazada.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez José O. Casás.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero al voto del Dr. José O. Casás. La recurrente no ha cuestionado adecuadamente las razones expuestas por la mayoría de la Cámara para denegar el recurso de inconstitucionalidad, lo que resulta determinante para la suerte del planteo recursivo que ahora efectúa.

Por lo demás, si bien es claro que la extemporaneidad del planteo introducido con relación a la aplicación al caso del principio de *ne bis in idem*, sin que hubiera sido propuesto a la consideración del tribunal *a quo*, impide su ponderación en estos estrados, debo señalar que, como lo sostuve al emitir mi voto en la causa “Arn” —“Arn, Telmo Iván c/Comisión Municipal de la Vivienda s/impugnación de actos administrativos s/recurso de apelación ordinario concedido”, expte. n° 2303/03, del 18/12/2003—, nada impide que la conducta de un agente o funcionario público sea evaluada, al mismo tiempo, en sede penal y en sede administrativa; pues mientras que en materia penal, por aplicación del principio de legalidad y reserva, rige —en relación al poder punitivo— una tipicidad absoluta que

torna inaplicable la interpretación analógica; en el ámbito del poder disciplinario, la tipicidad es relativa o nula y, por ello, válida la interpretación analógica [conf. GOANE, René M.: “El poder disciplinario de la Administración pública (algunos aspectos controvertidos en la doctrina nacional”, en CASSAGNE, Juan C. (dir.): *Derecho administrativo*, obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 1027], lo que determina que las valoraciones hechas en una sede no han de influir, necesariamente, en las formuladas en la otra.

Por lo expuesto, voto por la desestimación de la queja planteada.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el fiscal general,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1. *Rechazar* la queja planteada por el Sr. Manuel Jorge Lombao.

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

La jueza Alicia E. C. Ruiz no suscribe la resolución por estar en uso de licencia.

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

XXVIII

“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)’”

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL. INADMISIBILIDAD:

Arbitrariedad de sentencia. Cuestión federal. Norma de carácter federal. Cuentas corrientes bancarias y cajas de ahorro.

Comunicaciones del Banco Central de la República Argentina. Derecho común

Expte. n° 3264/04 - 4/5/2005

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Omar Jorge Góngora Martínez promovió acción de amparo contra el Banco de la Ciudad de Buenos Aires (fs. 1/20 del expediente principal) para que éste cesara de efectuar descuentos por débitos automáticos de la cuenta de caja de ahorro de la que él es titular en ese banco. Los débitos se destinaban al pago de cuotas para la cancelación de préstamos que el actor había acordado con una serie de “entidades”, sin mayor especificación en cuanto a su número o identificación (fs. 1). Una segunda pretensión del demandante era lograr la reversión de los débitos automáticos (directos abiertos) efectuados durante los treinta días corridos anteriores al 9/10/2003, fecha en la cual el amparista presentó una nota en la entidad bancaria a esos efectos (fs. 1 vta. del expediente principal).

El juez de primera instancia declaró abstracta la cuestión relativa a la suspensión del débito automático y rechazó la acción respecto de la solicitud de reversión de los débitos efectuados (fs. 98/101, del expediente principal).

2. Apelada la sentencia por el actor, la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario hizo lugar parcialmente a la acción de amparo en cuanto a la suspensión de débitos automáticos (fs. 117/121, expediente principal) y confirmó la sentencia de primera instancia (en cuanto rechazó la pretensión dirigida a revertir débitos automáticos anteriores al día 9/10/2003).

3. El actor planteó, entonces, el recurso de inconstitucionalidad (fs. 133/138, del expediente principal) que, al no ser concedido por la Sala, motivó el recurso de queja interpuesto ante el tribunal con el patrocinio letrado del señor defensor general, Víctor E. Hortel (fs. 3/19).

El tribunal rechazó la queja. El actor dedujo el recurso extraordinario agregado a fs. 37/53, que fue contestado por el Banco accionado solicitando su rechazo (fs. 56/58).

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El recurso extraordinario federal planteado por el actor, no obstante dar cumplimiento a los requisitos extrínsecos —de tiempo y forma— exigidos ritualmente, no debe ser admitido pues el tópico debatido no involucra una cuestión federal.

2. En primer término, como lo expresé en la sentencia recurrida “en los escritos mediante los cuales son interpuestos los recursos de inconstitucionalidad y de queja que, no obstante enunciarse en abstracto la afecta-

ción al derecho de propiedad del quejoso —fs. 8 del expediente principal y 15/16 vta. del expediente de queja—, éste no logra exponer fundamentalmente un caso constitucional, conforme lo establece el art. 27, ley 402. El recurrente solamente formuló reproches genéricos a la sentencia recurrida, así como incurrió en la mera mención de disposiciones constitucionales (los arts. 14 y 17, C.N.), sin conectar esos reproches con las menciones que realiza, de manera de establecer una verdadera causa constitucional”. La deficiencia para articular un caso constitucional sobre la base de la lesión al derecho propiedad, planteado adecuadamente ante las instancias anteriores, veda la admisión del recurso por ese agravio.

3. En segundo orden, debe tenerse en claro que el carácter federal de una norma no depende en forma exclusiva de la autoridad de la cual ella emana sino, también, de la cuestión sobre la que trata. Si bien la Corte Suprema ha admitido el recurso extraordinario en relación con algunas circulares y comunicaciones del Banco Central (*Fallos*, 310:1606; 320:419) “toda vez que se pone en tela de juicio el alcance e interpretación de normas federales” (*Fallos*, 320:1480), en el caso, los aspectos de la controversia reglados por los puntos 1.9.2 y 1.10 de la comunicación A-3336 y por el punto 3.1.8.3 y concordantes de la comunicación A-2559, no se refieren a cuestión alguna de derecho federal, sino a tópicos de derecho común, a saber: la incidencia de una manifestación posterior de voluntad sobre los pagos efectuados a través de débitos automáticos (reversión) y la suspensión o interrupción de los pagos autorizados por ese sistema. Se trata, en verdad, de disposiciones de la autoridad de superintendencia del sistema bancario argentino referidas a cierta forma de uso de las cuentas corrientes bancarias (previstas en los arts. 791 a 797, Cód. de Com.) y de las cajas de ahorro para el pago de impuestos, servicios, saldos de tarjetas de crédito, etcétera.

Sobre el punto, conviene recordar que la CSJN ha señalado que una norma es federal “siempre que la intención de producirla sea inequívoca y no se apoye en el mero arbitrio del legislador, sino en necesidades reales y fines federales legítimos, impuestos por circunstancias de notoria seriedad” (*Fallos*, 248:781), necesidades y fines que no existen en la regulación de cierta modalidad del “pago”.

4. Finalmente, la arbitrariedad alegada en el punto II.1.iii (fs. 38) pretende, de ese modo, introducir la cuestión constitucional por afectación de las garantías del debido proceso y de la defensa en juicio.

Al respecto, cabe destacar que la admisibilidad del recurso por arbitrariedad, como lo tiene dicho la Corte Suprema, es estricta: “La doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal

de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados (...), sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N.” (*Fallos*, 312:246; 389, 608, 1839, entre otros).

El recurso, en relación con este agravio, también es inadmisibles en tanto se sostiene, básicamente, en la discrepancia de la actora con la interpretación efectuada por la mayoría del tribunal en su sentencia.

5. Como surge de los puntos precedentes, en el caso no se debate ninguna cuestión de índole federal que habilite la intervención de la Corte Suprema de Justicia. Por tal razón, voto porque el recurso se declare inadmisibles.

En cuanto a las costas, en tanto el recurrente pudo considerar que por tratarse de comunicaciones emanadas del Banco Central de la República Argentina se encontraba en debate el alcance de una regla de derecho federal, corresponde apartarse del principio objetivo de la derrota e imponerlas por el orden causado (art. 68, párr. 2º, CPCCN).

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez Julio B. J. Maier.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Adhiero a la solución propiciada por mi colega, el doctor Julio B. J. Maier, en cuanto decide declarar inadmisibles el recurso extraordinario federal interpuesto por la parte actora. También participo de los desarrollos del voto del señor juez de trámite que ponen en evidencia la generalidad de los agravios que contiene el recurso vinculados a la alegada violación del derecho de propiedad de la recurrente y a la arbitrariedad de sentencia.

2. El recurso incoado, asimismo, expresa de manera genérica que en las presentes actuaciones “se encuentra controvertida la inteligencia que corresponde asignar a normas de carácter federal, v. gr. las comunicaciones del Banco Central de la República Argentina A-2559 y A-3336” (fs. 37 vta.).

Sin embargo, tal como lo señala el señor juez de trámite en su voto, el carácter federal de una norma no depende en forma exclusiva de la autoridad de la cual ella emana sino, también, de la cuestión sobre la que trata.

En el caso, las normas invocadas de la comunicación “A” 3336 (puntos 1.9.2 y 1.10) y de la comunicación A-2559 (punto 3.1.8.3 y concordantes) resultan ser disposiciones derecho común —que, en lo que aquí interesa,

regulan la modalidad de pago por débito automático (y la posibilidad de reversión de ese débito)—. En este sentido, resulta aplicable en la especie la reiterada jurisprudencia del tribunal cimero que ha establecido que tienen carácter de normas de derecho común: los códigos de fondo que ha sancionado el Congreso con arreglo a las previsiones del art. 75, inc. 12 de la C.N.—que legislan de manera general y estable respecto a todo el territorio de la Republica—, las leyes que se declaren incorporadas a esos códigos, así como las que, no mediando tal declaración, los integran, modifican o amplían (*Fallos*, 188:8; 250:236, entre otros), conclusiones extensibles a reglas de inferior rango que actúen en dicho ámbito.

En suma, el recurrente no provee andamiaje suficiente para sostener el recurso intentado. La mera invocación de las disposiciones constitucionales que garantizan el derecho de propiedad y de las citadas normas emitidas por el BCRA no resulta idónea para lograr demostrar nítidamente que, en el caso, exista una cuestión federal por encontrarse controvertida la inteligencia de disposiciones de tal carácter que guarden relación directa con lo decidido.

Costas por su orden, por las razones expuestas por el juez Julio B. J. Maier.

Así lo voto

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Como sostuve en mi voto de fecha 23/2/2005, al rechazar la queja interpuesta por la actora, por la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad, en esta causa, la Cámara basó su sentencia en lo que consideró, con base en el examen de la prueba reunida, el contenido del contrato celebrado por las partes, contrato que, por lo demás, no fue tachado de nulo. La solución del *a quo* se basa, pues, en la interpretación de cuestiones de hecho y prueba que, en principio, se encuentran sometidas a disposiciones de derecho común; no se basa en la interpretación de normas federales, a saber, las circulares del Banco Central que cita la actora.

Por lo expuesto corresponde denegar el recurso extraordinario federal e imponer las costas por el orden causado como ha sido expresado en los votos precedentes.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal interpuesto e imponer las costas por el orden causado.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se cumpla con lo dispuesto a fs. 32, punto 2, última disposición.

La jueza Alicia E. C. Ruiz no suscribe la resolución por estar en uso de licencia.

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

XXIX

“MELLO, LUIS ALBERTO S/PEDIDO DE REVOCATORIA DE MANDATO”

REVOCATORIA DE MANDATO: Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Recolección de firmas. Identidad de objeto. Acumulación

Expte. n° 3952/05 - 10/5/2005

VISTO:

El expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

La presentación ratificada personalmente por el señor Luis Alberto Mello para iniciar el trámite de revocación del mandato del señor jefe de Gobierno de la Ciudad, Aníbal Ibarra.

FUNDAMENTOS:

1. Se cumplen los requisitos de admisibilidad previstos por el art. 6° de la ley 357.

2. El objeto es idéntico al del expte. n° 3764/05, “Bergenfeld, Sergio Fabián y otros s/pedido de revocatoria de mandatos” (y sus acumulados), en cuanto se insta el procedimiento de revocatoria del mandato del señor jefe de Gobierno, Aníbal Ibarra, por la causal de mal desempeño de sus funciones en relación al caso República Cromañón, razón por la cual se dispondrá su acumulación al mencionado expediente.

3. Se hará entrega al peticionario de las planillas —cuyo modelo fue aprobado por resolución de fs. 83 del expediente de mención— en la misma forma prevista para los presentantes originarios.

4. Todo el procedimiento de recolección de firmas deberá completarse en 12 meses a partir del día 11/2/2005, fecha en la que —como consta a fs. 90 del trámite mencionado—, se hizo entrega de las primeras planillas a los promotores iniciales del trámite de revocatoria de mandato (ley 357, art. 9°).

Por ello,

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. Acumular este expediente al n° 3764/2005, “Bergenfeld, Sergio Fabián y otros s/pedido de revocatoria de mandatos”.

2°. *Hacer* entrega de las planillas para la recolección de las firmas exigidas para el trámite mencionado en el punto anterior. Las planillas, en el número necesario para reunir hasta 10.000 adhesiones, serán entregadas escalonadamente al Sr. Luis Alberto Mello y la persona autorizada al efecto. El nombrado podrá solicitar nuevas planillas cada vez que complete y entregue al Tribunal la mitad de las recibidas. Todo el procedimiento de recolección de firmas deberá completarse en 12 meses a partir del día 11/2/2005.

3°. *Mandar* se registre y se notifique.

Fdo.: *Julio B. J. Maier.*

XXX

“PAZ, MARTA Y OTROS C/GCBA S/AMPARO
(ART. 14, CCBA) S/RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO”

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL. INADMISIBILIDAD:

**Cuestión federal. Jueces de Cámara en lo
Contravencional y de Faltas. Organización del Poder
Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
Arbitrariedad de sentencia. Gravedad institucional**

Expte. n° 3167/04 - 11/5/2005

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Marta Paz y Silvina Manes interponen recurso extraordinario federal (fs. 399/411) contra la decisión del Tribunal de fs. 369/392, en cuanto revocó parcialmente la sentencia de Cámara en lo atinente, por una parte, a la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 1º, 2º, 3º y 4º de la ley 1086 y, por otra, a la orden dada por la alzada al Consejo de la Magistratura para que disponga lo que corresponda a los efectos de que se reciba el juramento a las actoras y se asignen o readecuen las partidas presupuestarias necesarias para ponerlas efectivamente en funciones.

2. Del recurso se dio traslado a la Procuración General, quien lo contestó mediante la solicitud de que sea rechazado (fs. 415/423 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El escrito interpuesto cumple con los requisitos extrínsecos, de tiempo y forma exigidos ritualmente. No obstante, como lo señala la Procuración General, la cuestión debatida no es de carácter federal (*Fallos*, 104:29; 114:42; 152:21; 273:347; 288:201; 303:769; 308:1577, entre muchos otros) y ello impide la concesión del recurso.

2. El actor expresa que “el caso federal se configura porque se encuentra en discusión la violación del art. 1º de la C.N. que garantiza el régimen representativo, republicano y federal, los arts. 5º y 129 que establecen las condiciones de otorgamiento de la autonomía de la ciudad; así como el art. 16 que garantiza la igualdad” (fs. 399 vta.).

Conviene recordar que en la causa se debatió la disconformidad de la parte impugnante con la decisión de la Legislatura de reducir el número de jueces de cámara en lo contravencional y de faltas en la primera integración de ese tribunal. También expresa el recurso, que la sentencia reconoció que las actoras habían adquirido ya la calidad de juezas aunque no puedan ejercer la magistratura por falta de cargos vacantes luego del dictado de la ley local 1086.

Parece exagerado afirmar que se lesiona la exigencia constitucional republicana de que la Ciudad conforme un poder judicial independiente (arts. 1º, 5º y 129) por el hecho de que las actoras no puedan tomar, en la actualidad, posesión en sus cargos. En verdad, la invocación de esas declaraciones y garantías constitucionales para intentar justificar una cuestión federal no conmueve, en la especie, la regla establecida por la Corte Suprema en cuanto a que las cuestiones vinculadas a la organización y funcionamiento de los poderes públicos provinciales y a la validez de la

investidura de los jueces locales son ajenas al recurso extraordinario (*Fallos*, 247:56; 248:765; 262:212; 264:201; 295:78 y 300:51), 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 aspectos propios de las instituciones locales (*Fallos*, 323:1217).

3. Las actoras también pretenden construir la cuestión federal por la afectación a la garantía de la igualdad. Si bien en escritos anteriores ellas hicieron referencia a este derecho en función del tratamiento dado por el Consejo de la Magistratura a la situación del fiscal general adjunto Dr. Luis Cevasco —quien fue puesto en funciones ante el vencimiento del plazo para que la Legislatura tratase su pliego—; en el recurso que ahora se considera, la parte muda su argumento y vincula la lesión a la garantía de la igualdad con el hecho que se considerase el orden de mérito del concurso para cubrir los cargos habilitados luego del dictado de la ley 1086. Es claro que, más allá de la invocación del art. 16 de la C.N. en ambos planteos, ellos son diferentes y el que ahora pretende articularse como agravio de naturaleza federal no fue esbozado por las actoras en ninguno de los escritos anteriores (demanda, apelación, contestación del recurso de inconstitucionalidad). Su expresión en el remedio federal aparece como una reflexión tardía (*Fallos*, 307:629; 308:51) que no habilita para la concesión del recurso.

El tema debatido en esta causa, como quedó definido en las instancias anteriores, es de exclusiva competencia local y, en consecuencia, no constituye una materia federal que permita acudir a la vía del art. 14 de la ley 48.

4. Ante la falta de ese requisito, la parte actora cuestiona la sentencia por arbitrariedad. Pretende, de ese modo, introducir la cuestión constitucional federal por afectación de las garantías del debido proceso y de la defensa en juicio en un asunto de neto carácter local (el alcance de las potestades del Poder Legislativo para regular la estructura judicial y la oportunidad de su integración).

La admisibilidad del recurso por este motivo, establecida por la Corte Suprema a partir de *Fallos*, 184:137, es estricta pues atiende a cubrir casos de carácter excepcional (*Fallos*, 312:246, 389, 608, 1839, entre otros).

La impugnación articulada sólo pone de manifiesto el desacuerdo de la apelante con las razones de carácter no federal en que se funda la sentencia, sin advertir que “la tacha de arbitrariedad no cubre las discrepancias del apelante con respecto a la inteligencia asignada por la sentencia a problemas regidos por normas de derecho público local extrañas al remedio federal que se intenta” (*Fallos*, 308:1757).

La alegada arbitrariedad por la omisión en que habría incurrido el tribunal al no ejercer el control de constitucionalidad pierde de vista que los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos planteados por las partes (conf. este Tribunal *in re* “Rachid, María y otras s/art. 72 s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado”, expte. n° 218/2000, del 26/4/2000 y “Video Cable Comunicación S.A. —causa 283-CC/00— s/recurso de queja”, expte. n° 505/2000, del 30/11/2000), sino sólo los que fueran necesarios para fundar sus decisiones. La consideración, debidamente fundada por los jueces del tribunal, sobre la falta de necesidad de invalidar la norma cuestionada, no afecta la sentencia, que cuenta con fundamentos suficientes respecto de las cuestiones necesarias para la resolución de la causa.

5. Tampoco la invocación de la existencia de gravedad institucional permite la concesión del recurso, pues para la procedencia de este motivo, aun concebido como tal, es requisito *sine qua non* la existencia de cuestión federal, lo que no ocurre en autos, como se viera *ut supra*, ya que “La invocación de gravedad institucional no puede sustituir la inexistencia de cuestión federal que exige el art. 100 de la C.N.” (*Fallos*, 311:121).

6. 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).

Los jueces JULIO B. J. MAIER y ANA MARÍA CONDE dijeron:

Adherimos al voto de nuestro colega, el juez José O. Casás.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Adhiero a la solución propuesta en el voto de mi colega, Dr. José O. Casás.

2. Como allí señala, el fallo impugnado está fundado en razones de índole no federal suficientes que privan a lo resuelto de relación directa con las cláusulas constitucionales invocadas en el recurso, circunstancia que no varía aquellas otras razones que justificaron el precedente “Sueldo de Posleman” puesto que, según expuse en mi voto, ellas están dirigidas a sostener el derecho de la parte al juez natural y no una prerrogativa de éste último a defender su competencia.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Denegar* el recurso extraordinario federal interpuesto por Marta Paz y Silvina Manes a fs. 399/411, con costas a la vencida.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva como está ordenado a fs. 392, punto 5.

La jueza Alicia E. C. Ruiz no suscribe la resolución por estar en uso de licencia.

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

XXXI

“MARTÍNEZ, MARÍA DEL CARMEN C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) Y ACUMULADOS”

**AMPARO: Rechazo *in limine*. Revocatoria de mandato.
Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
Recolección de firmas. Participación del Gobierno
de la Ciudad de Buenos Aires. Inconstitucionalidad**

Expte. n° 3948/05 - 12/5/2005

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

I. En en este expediente —y sus acumulados n° 3949/05, “Scorofitz, Hernán Federico c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)”, 3951/05, “Florín, Elena c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)”, 3955/05, “Villamil, Hugo Sergio c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)”, 3956/05, “Gima, Santiago Matías c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)”, 3957/05, “Furman, Leonardo Elizar c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)” y 3959/05, “Rapanelli, Nicolás Andres c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)” —, en idénticos escritos y con la intervención de los mismos profesionales, se solicita “se resuelva la inconstitucionalidad de la acción administrativa en favor de la recolección de firmas para el llamado referéndum o plebiscito por parte del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, y en consecuencia, el cese de toda acción gubernamental destinada a promover la colecta de firmas”, y se requiere una medida cautelar.

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Los planteos son idénticos al propuesto en el expte. n° 3931/05, “Ramal, Marcelo Armando c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)” resuelto por

el Tribunal el 27/4/2005, al punto que no se ha agregado algún nuevo elemento que amerite revisar los fundamentos vertidos por el tribunal al momento de decidir aquel proceso. Por tal razón corresponde remitirse a los motivos explicados en esa oportunidad —a cuyo efecto se incorporará copia certificada de la resolución dictada, que se tendrá como parte integrante de ésta—, lo que significa, por los mismos fundamentos allí exhibidos, aceptar la competencia y rechazar *in limine* las acciones de amparo intentadas.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Adhiero al voto del juez Julio B. J. Maier.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El tribunal resulta competente para conocer en el presente proceso en virtud de las atribuciones que le confiere el art. 113, inc. 6º, de la CCBA.

2. La parte actora interpone una acción de amparo judicial “a efectos de que se resuelva la inconstitucionalidad de la acción administrativa a favor de la recolección de firmas para el llamado referéndum o plebiscito de revocatoria por parte del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y, en consecuencia, el cese de toda acción gubernamental destinada a promover la colecta de firmas” (fs. 1).

Como sustento de su pretensión, el amparista expresa que las acciones citadas restringen y lesionan sus derechos constitucionales en forma ilegal y arbitraria, al haberse adulterado los institutos del “referéndum”, la “consulta popular” y de la “revocatoria del mandatos” que se encuentran regulados a nivel constitucional en los arts. 65, 66 y 67 de la CCBA.

El presentante considera que existe una acción estatal que, en forma actual, violenta de manera ilegal y arbitraria sus derechos políticos. Se argumenta que el aparato estatal, al participar del procedimiento de recolección de firmas necesario para permitir la convocatoria a referéndum revocatorio, estaría utilizando para su propio beneficio (y entonces desnaturalizando) una herramienta de la democracia semidirecta incluida en la Constitución local reconocida como un derecho en cabeza exclusivamente del *electorado*.

3. Es ésta la primera oportunidad que se me ofrece para pronunciarme sobre planteos como los articulados por el accionante en una acción de amparo, en razón de haberme encontrado en uso de licencia al fallarse por el tribunal la causa “Ramal, Marcelo Armando c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)”, expte n° 3931/05, sentencia del 27/4/2005. Ello así, sin perjuicio de haber abordado planteos que presentan algún punto de contacto con los que aquí se ventilan, al articularse por vía de acción de nulidad el

cuestionamiento del proceso prerreferéndum. Ello ocurrió en la causa: “Altamira, Jorge y otros s/recurso de nulidad”, expte. n° 3846/05, sentencia del 25/2/2005, si bien lo allí cuestionado era la actitud del señor jefe de Gobierno, mientras que ahora se reprocha la acción del conjunto de la Administración pública local.

Ahora bien, *in re*: “Bergenfeld, Sergio Fabián y otros s/pedido de revocatoria de mandatos”, expte. n° 3764/05 e *in re*: “Rodríguez Vallejos, Gabriel s/pedido de revocatoria de mandatos”, expte. n° 3767/05, sentencia del 9/2/2005, sostuve que “(e)n la terminología del art. 67 de la CCBA, es ‘el electorado’ el sujeto legitimado desde el punto de vista procesal para requerir la revocación del mandato de los funcionarios electivos”.

El objeto de este amparo, por su parte, conduce a resolver una cuestión que se encuentra íntimamente conectada con la que fue objeto de consideración en las causas indicadas en el párrafo anterior, esto es, si iniciado ya el procedimiento de revocatoria de mandato por parte legitimada, a la luz de las directrices contenidas en la Constitución local, la maquinaria de la Administración local puede tener participación activa en él mediante una colaboración decidida, aplicando desvelos y recursos humanos.

4. Así, por los fundamentos expuestos, estimo que la amparista propone una cuestión que, por su relevancia institucional, exige ser ponderada con extrema prudencia a la hora de ser resuelta y que desaconseja decidir su actual rechazo *in limine*. Considero, pues, que si el presentante es parte del electorado de la Ciudad se encuentra legitimado para interponer la presente acción. Luego, es mi parecer que, en el caso, el amparista presenta una cuestión que se exhibe, *prima facie*, mínimamente fundada para incitar la competencia de este estrado, más allá de que le asista razón o no en su pretensión de fondo.

Además de lo consignado precedentemente —que permite comprobar la precisión del planteo y los fundamentos constitucionales en los que se lo respalda—, el amparista *aporta y propone prueba* orientada a demostrar la participación de las autoridades de la Ciudad en el trámite de recolección de firmas que recién deberá ser valorada una vez sustanciado el proceso. Es menester tener en cuenta que, justamente, la amparista argumenta que la acción del aparato estatal en el trámite de revocatoria de mandato podría disuadir de participar a quienes se consideren como únicos y verdaderos legitimados para ello, esto es, aquellos que cuestionan la gestión del señor jefe de Gobierno.

Debe advertirse también que junto con la fluidez de los actos que conforman el *iter* o proceso previo de habilitación para llevar a cabo un “referéndum revocatorio”, la decisión recaída *in re*: “Altamira” ya citado, tuvo como

antecedente inmediato la petición de que “se declaren nulos todos los actos llevados a cabo en relación al llamado referéndum de revocatoria o consulta de revocatoria del jefe de Gobierno dispuestos por el Exmo. Tribunal, ordenándose asimismo la suspensión de toda acción tendiente” a llevarlo a cabo, lo que difiere con el objeto procesal del presente amparo que pretende, en cambio, se resuelva la inconstitucionalidad de la *acción administrativa* a favor de la recolección de firmas... y en consecuencia, el cese de toda acción gubernamental destinada a promover la colecta de firmas (fs. 1).

Es por ello que las consideraciones vertidas en dicha causa no son, necesariamente, atinentes para desbaratar esta articulación; ya en mérito a la diversidad de las vías procesales utilizadas, ya como consecuencia de la disparidad de pretensiones que se han incoado en uno y otro caso. Valga añadir que en aquella oportunidad se señaló por el tribunal que no había impedimento en que el jefe de Gobierno tendiera a facilitar o estimular la realización del referéndum, mientras que aquí se aduce que la actuación del apuntado Mandatario ha convertido el llenado de planillas en la principal “actividad de Gobierno”, junto con la “participación abierta y pública de toda la estructura política del Gobierno de la Ciudad en la tarea” de recolección de firmas.

No está de más añadir aquí los conceptos vertidos, a fines del siglo XIX, por el juez Virgilio M. Tedin, con relación al más Alto Estrado Federal —traspolables a esta superior instancia de la Ciudad—, cuando remarcara: “las resoluciones de la Corte Suprema sólo deciden el caso concreto sometido a su fallo y no obligan legalmente sino en él, en lo que consiste particularmente la diferencia entre la función legislativa y la judicial”; agregando, la posibilidad de apartarse de esas decisiones —de suyo también por los jueces de las instancias inferiores—, ello en razón de que “ningún tribunal es infalible y no faltan precedentes de que aquellos han vuelto contra resoluciones anteriores en casos análogos” (*Fallos*, 25:364, remisión al consid. 9º de la sentencia del referido magistrado).

Por ello, toda vez que considero que la acción no se exhibe como *manifiestamente inadmisibile* (conf. art. 3º, ley 16.986), corresponde requerir el informe previsto en el art. 8º de la ley citada, previa constatación por Secretaría del carácter de elector local del amparista.

Debido al resultado de la votación a que se arriba en el acuerdo, desfavorable a mis argumentos, me resulta innecesario expedirme sobre la medida cautelar solicitada en autos.

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero al voto del juez Julio B. J. Maier.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Aceptar* la competencia y rechazar *in limine* las acciones de amparo introducidas.

2°. Agregar, como parte integrante de esta sentencia, copia certificada por Secretaría de la dictada con fecha 27/4/2005 en el expte. n° 3931, “Ramal, Marcelo Armando c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)”.

3°. *Mandar* se registre, se notifique con copia de la resolución anterior, aquí incluida, y se archive.

La Dra. Alicia E. C. Ruiz no firma por hallarse en uso de licencia.

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

XXXII

“MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA
EN LO CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS N° 6—
S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD
DENEGADO, EN: ‘CIARDULLO, ROBERTO S/ART. 47,
CÓD. CONTRAV. —APELACIÓN’”

**RECURSO DE QUEJA: Inadmisibilidad.
Requisitos. Cuestión abstracta. Depósito**

Expte. n° 3820/05 - 18/5/2005

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

I. La defensa de Roberto Ciardullo interpuso a fs. 21/30 vta. un recurso de queja contra la decisión de fecha 2/2/2005 (fs. 3/4 vta.) por la que la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad presentado

contra la decisión que confirmó la sustitución de la pena que había sido impuesta al nombrado, por la de 2 días de arresto (fs. 12/3 vta.).

2. De tal presentación se corrió vista al fiscal general de la Ciudad, contestada la cual pasaron los autos al Acuerdo (conf. fs. 33, 36/40 y 41).

3. La defensora oficial presentó ante este Tribunal un escrito al que adjuntó copia certificada de la resolución de fecha 31/3/2005 por la que el juez de primera instancia declaró la prescripción de la pena impuesta en la causa al Sr. Roberto Ciardullo. Manifestó en consecuencia su voluntad de desistir el recurso de queja oportunamente interpuesto ante este Tribunal (fs. 42/43 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

En principio la presentación de fs. 43/ vta. no cumple estrictamente con los requisitos que para el caso establece el art. 443 del CPPN, aplicable por remisión según la L.P.C., art. 6º.

No obstante, la resolución por la cual se declaró prescripta la pena impuesta al Sr. Ciardullo en la causa 20620-JC/03 (conf. copia certificada de fs. 42/ vta. y certificación actuarial de fs. 45) ha quedado firme y en consecuencia, la pretensión articulada en autos ha devenido abstracta. Corresponde entonces rechazar la queja interpuesta a fs. 21/30 vta., resultando innecesario un pronunciamiento respecto del desistimiento articulado por la defensora oficial.

Finalmente, en tanto las razones que obstan a la admisibilidad de la queja son posteriores a su interposición y ajenas a la defensa, no corresponde, en el caso, exigir el depósito previsto por el art. 34 de la ley 402.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Adhiero al voto del señor juez de trámite, Luis F. Lozano.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Adhiero al voto del señor juez de trámite, Luis F. Lozano.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Adhiero a la solución propuesta por mi colega el doctor Luis F. Lozano en cuanto al rechazo de la queja, entendiendo que la inexistencia del depósito previsto por el art. 34 de la ley 402 es una consecuencia necesaria de que, por un hecho sobreviniente a su interposición y previo a este decisorio, el encartado no ha sido pasible de pena.

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero al voto del señor juez de trámite, Luis F. Lozano.

Por ello, oído el fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1. *Rechazar* el recurso de queja interpuesto a fs. 21/30 vta. en razón de haber devenido abstracta la cuestión articulada.

2°. *Mandar* que se registre, notifique y se devuelvan los principales junto con esta queja a la sala de apelaciones de origen.

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

XXXIII

“LAGOMARSINO DE FERNÁNDEZ, NORMA ROSA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘LAGOMARSINO DE FERNÁNDEZ, NORMA ROSA C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCBA)’”

RECURSO DE QUEJA: Inadmisibilidad. Fundamentación. Autosuficiencia. Caso constitucional. Invocación genérica de garantías constitucionales. Caja de ahorro. Descuento por débito automático. Derecho común

Expte. n° 3556/04 - 18/5/2005

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Norma Rosa Lagomarsino de Fernández, con el patrocinio letrado del señor defensor general Víctor E. Hortel, dedujo recurso de queja (fs. 1/20) contra la denegatoria, decidida por la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario, del recurso de inconstitucionalidad (fs. 161/161 vta. del expediente principal), oportunamente interpuesto por la ahora quejosa ante esa Sala (fs. 146/152 vta. del expediente princi-

pal). El recurso de inconstitucionalidad en cuestión se dirigió contra la decisión de fs. 140/143 (conf. expediente principal) que hizo lugar parcialmente a la acción de amparo interpuesta por la actora a fs. 1/3 de dicho expediente, al ordenar al Banco de la Ciudad de Buenos Aires dar estricto cumplimiento a la suspensión de débitos automáticos de la cuenta cuya titularidad corresponde a la Sra. Lagomarsino. Paralelamente, resolvió rechazar la pretensión dirigida a revertir débitos automáticos anteriores al día 15/7/2003, con costas de ambas instancias en el orden causado (fs. 142 vta./143).

2. La ahora recurrente, con el patrocinio letrado del Defensor ante los juzgados de primera instancia en lo contencioso administrativo y tributario de la CABA, Fernando Lodeiro Martínez, había promovido acción de amparo contra el Banco de la Ciudad de Buenos Aires (fs. 1/3 del expediente principal) a fin de que éste cesara de efectuar descuentos por débitos automáticos en la cuenta de caja de ahorro de la cual la actora es titular en dicha institución, y donde se deposita su sueldo. Tales débitos se orientaban a cumplir con el pago de las cuotas devengadas para la cancelación de un préstamo que, según el relato de la demandante, ésta había acordado con el Grupo Suipacha (fs. 1 del expediente principal). La segunda pretensión de aquélla era lograr la reversión de los débitos automáticos (directos abiertos) efectuados a partir de los treinta días previos al 15/7/2003, fecha en la cual la amparista había concretado la presentación de una nota en la entidad bancaria a esos efectos (fs. 1 vta. del expediente principal). Por su parte, la jueza de primera instancia, previo otorgamiento de una medida cautelar que calificó como “especial” e “innovativa” en favor de Lagomarsino de Fernández (conf. fs. 94/96 del expediente principal), decidió que la cuestión había devenido abstracta. Para así resolver, tomó en consideración que, desde la entidad bancaria contra la que la actora inició la acción de amparo, “no se habrían efectuado nuevos débitos” y se habría procedido a revertir algunos de los ya realizados. Asimismo, la sentenciante tomó en consideración la posible existencia de algunos débitos realizados hasta treinta días antes del 15/7/2003, e incluso posteriores a dicha fecha, que no habían sido revertidos. Así las cosas, “razones de equidad” la llevaron a resolver que no correspondía que dichas devoluciones —en caso de existir— fueran afrontadas por el Banco de la Ciudad de Buenos Aires (conf. fs. 123 del expediente principal).

3. El señor fiscal general, al emitir su dictamen de fs. 63/66, consideró que el recurso de inconstitucionalidad había sido correctamente rechazado por la Cámara y, en consecuencia, propició desestimar la queja interpuesta. El fundamento central de su dictamen se basó en el análisis de

las cuestiones traídas a debate por la recurrente que, a su juicio, no configuraron la correcta invocación de un caso constitucional (fs. 65 vta./66 del expediente de la queja).

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Como acertadamente lo advierte el señor fiscal general a fs. 65 (expediente de la queja), el caso aquí planteado es sustancialmente análogo al decidido por el TSJ *in re* “Góngora Martínez, Omar Jorge s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Góngora Martínez, Omar Jorge c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 3264/04, resolución del 23/2/2005.

Como en aquel caso, el recurso de queja interpuesto cumple con los requisitos extrínsecos, de tiempo y forma exigidos ritualmente (art. 33, ley 402). Sin embargo, él no puede tener favorable acogida.

En efecto, el recurso de queja interpuesto por la Sra. Lagomarsino de Fernández padece de un defecto genérico: no logra conectar el agravio concreto que —afirma— le provoca la sentencia de Cámara, con un motivo de impugnación de carácter constitucional, esto es, con la aplicación de una norma que lesione una garantía constitucional referida directamente al caso.

Esta apreciación general exige, para fundamentar la decisión, de precisiones concretas. En el caso, puede observarse en los escritos mediante los cuales son interpuestos los recursos de inconstitucionalidad y de queja que, no obstante enunciarse en abstracto la afectación al derecho de propiedad de la quejosa —fs. 2 del expediente principal y 14/14 vta. del expediente de queja—, ésta no logra exponer fundamentadamente un caso constitucional, conforme lo establece el art. 27, ley 402. La recurrente solamente formuló reproches genéricos a la sentencia recurrida, así como incurrió en la mera mención de disposiciones constitucionales (los arts. 14 y 17, C.N.), sin conectar esos reproches con las menciones que realiza, de manera de establecer una verdadera causa constitucional (conf. este Tribunal *in re* “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Fullone, Mirta Susana c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 3101/04, resolución del 17/11/2004 y sus citas, mi voto, consids. 1 y 2; “Novik, Jorgelina Carla y Wlodkowsky, Irene c/GCBA s/amparo”, expte. n° 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. n° 1309/01, resolución del 6/3/2002 y sus citas).

De este modo, la queja reitera los defectos que ya contenía el recurso de inconstitucionalidad, pues si bien proclama en forma genérica la afectación de un derecho de raigambre constitucional —el derecho de propiedad, tutelado por los arts. 14 y 17, C.N., y 10 y 12, inc. 5°, CCBA—, no logra establecer la adecuada correspondencia entre el derecho cuya afectación invoca y el contenido de la sentencia recurrida.

Asimismo, el recurso no contiene una crítica desarrollada y fundada del auto denegatorio, omisión que obsta a su procedencia puesto que, de este modo, la presentación resulta privada del fundamento mínimo tendiente a demostrarla (*Fallos*, 290:391; 293:166; 302:502; 304:332; 307:723; 308:2263; 311:2338). En el mejor de los casos para la recurrente, la queja se sustenta exclusivamente en su mera discrepancia con la solución dada por el tribunal *a quo*, lo que no comporta suficiente fundamento para conceder el recurso intentado.

Por último, señalo que el recurso de inconstitucionalidad fue correctamente denegado por la Cámara. Como sostuvo este Tribunal, voto de las señoras juezas Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde, el señor juez Guillermo A. Muñoz y mío propio *in re* “Estudio Becar Varela c/GCBA (Dirección General de Rentas y Empadronamiento Inmobiliario) s/cobro de pesos s/recurso de inconstitucionalidad concedido y recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, exptes. n° 1644/02 y n° 1639/02 (por cuerda), consid. 2: “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, el tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad (...) Cabe destacar, por fin, que la circunstancia de que el recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que la sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria (conf. *CyJ, Fallos TSJBA*, I-1999, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 282 y ss., en: “Federación Argentina de Box c/GCBA s/acción de inconstitucionalidad”, expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas)”.

Las demás disposiciones puestas en juego para fundar la sentencia (derecho civil, derecho bancario, en sus múltiples formas) constituyen todas interpretación de reglas infraconstitucionales, tarea no comprendida por el recurso interpuesto ni constitutiva de la competencia del tribunal, mientras su validez no sea cuestionada por razones constitucionales, más allá del acierto o desacierto de su interpretación según puntos de vista de los diversos intérpretes. El recurso de inconstitucionalidad no erige al Tribunal en una tercera instancia sobre hechos ni sobre derecho común.

En consecuencia, la queja planteada debe ser rechazada.

Las juezas ALICIA E. C. RUIZ y ANA MARÍA CONDE dijeron:

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

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Adhiero a la solución propiciada por mi colega, el doctor Julio B. J. Maier, en cuanto decide rechazar la queja interpuesta por la parte actora. En homenaje a la brevedad, me remito a los fundamentos desarrollados en su voto —en tanto ponen en evidencia que, en el caso, la recurrente no logra articular una verdadera cuestión constitucional— y a los brindados en sentido concordante por el señor fiscal general en el punto III de su dictamen de fs. 63/66.

Así lo voto

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Como advierten el señor fiscal general (fs. 65) y mi colega de trámite, Dr. Julio B. J. Maier, el caso aquí planteado es sustancialmente análogo al decidido por el TSJ, *in re* “Góngora Martínez, Omar Jorge s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Góngora Martínez, Omar Jorge c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 3264/04, resolución del 23/2/2005, por lo que estimo conveniente remitirme a los argumentos allí expuestos.

Como en el citado precedente, coincido con la solución propuesta por el juez de trámite, el recurso de inconstitucionalidad ha sido bien denegado y la queja, por ende, debe ser rechazada.

La omisión de aplicar las circulares A-2559 y A-3336 del Banco Central de la República Argentina, que la quejosa estima injustificada o aun arbitraria, encuentra en la sentencia que puso fin al pleito explicación suficiente, toda vez que ella rechaza el reclamo relativo a la reversión de los débitos practicados en los treinta días previos al requerimiento del titular de la cuenta (15/7/2003) con base en lo que consideró que constituía la voluntad común de las partes a la luz de las constancias del expediente. La recurrente no demuestra que esa voluntad contractual no cumpla con los contenidos que la circular impone introducir en los contratos de depósito bancario a fin de proceder a realizar los débitos a que se refiere. Ello es así, pues no rebate cuál fue el contenido concreto del contrato celebrado entre banco y cliente ni aduce que ese contenido esté en pugna con la circular. En todo caso, el requerimiento de motivación de la solicitud que la Cámara estimó exigible no es sino un modo de interpretar la circular que la sentencia atribuye a las partes en el contrato. En síntesis, la Cámara ha encontrado apoyo para su decisión en circunstancias de hecho,

prueba y derecho común —art. 1197, Cód. Civil— que privan a lo resuelto de relación directa con las cláusulas constitucionales invocadas.

Por lo precedentemente expuesto la queja debe ser rechazada.

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

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Rechazar* la queja planteada por Norma Rosa Lagomarsino de Fernández a fs. 1/20.

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

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

XXXIV

“ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD”

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD:

Admisibilidad formal. Norma de carácter general.

Arts. 47 y 59, inc. 3º de la ley 12. Arts. 394 y 395 del CPPN.

Tutela judicial efectiva. Sentencia condenatoria. Revisión judicial amplia

Expte. nº 3881/05 - 18/5/2005

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

La Asociación por los Derechos Civiles (ADC) promueve demanda 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 del art. 59, inc. 3º de la ley 1287, del art. 47 de la ley 12, y de los arts. 394 y 395 del

CPPN a los que considera incorporados al régimen legal local en virtud de lo dispuesto por el art. 1º de la ley 597 y por el art. 55 de la ley 1287.

La actora sostiene que el art. 59, inc. 3º de la ley 1287, el art. 47 de la ley 12 y los arts. 394 y 395 del CPPN son inconstitucionales por cuanto afectan el derecho de todo acusado a obtener una revisión amplia de la sentencia condenatoria de primera instancia, el derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial en un proceso público y el derecho a tener acceso a información públicamente relevante (arts. 18, C.N., 8.1., 8.2 y 13.2, CADH y 14.1. y 14.5., PIDCP). Invoca también la afectación al principio de imparcialidad judicial.

A fs. 48 se acredita que la decisión de iniciar la presente acción ha sido adoptada por la Junta Ejecutiva de la Asociación por los Derechos Civiles.

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La actora está legitimada para interponer la demanda de inconstitucionalidad, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 18, inc. 2º, de la ley 402.

2. La ley 597 aprobó el convenio suscripto el 7/12/2000 entre la Ciudad y el Gobierno Nacional sobre “transferencia progresiva de competencias penales de la justicia nacional al poder judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”. A su vez el Congreso de la Nación aprobó el citado convenio a través de la ley 25.752 (*B.O.*, 28/7/2003).

El punto I del Convenio dispuso que el procedimiento aplicable sería el establecido por la ley 12 de la Ciudad “hasta tanto se dicte las normas procesales de la Ciudad, con aplicación supletoria del Código Procesal Penal de la Nación en todo lo que no se encuentre expresamente previsto en aquella ley”.

El art. 55 de la ley 12 (incorporado por ley 1287) contiene una norma coincidente respecto de la aplicación supletoria del CPPN.

3. En cuanto a las normas cuestionadas, el apartado tercero del art. 59 de la ley 12 (incorporado por ley 1287) —artículo que establece la forma del juicio público y de la sentencia— dice que “el acta de la audiencia solo tiene por misión describir históricamente los actos cumplidos y las personas que lo realizaron; no es necesario el relato abreviado del contenido de los actos de prueba, ni su omisión conduce a la nulidad del acta o del debate”.

El art. 47 de la ley 12 fija los requisitos del acta del juicio oral: “el acta de la audiencia contiene las partes sustanciales de la prueba

diligenciada y de la intervención de las partes. La sentencia se dicta de inmediato”.

El art. 394 del CPPN dispone que el secretario levantará un acta del debate, bajo pena de nulidad. Indica en 7 apartados cuales son los datos que debe contener y agrega que “La falta o insuficiencia de estas enunciaci-ones no causa nulidad, salvo que esta sea expresamente establecida por la ley”.

El art. 395 del CPPN indica: “Cuando en las causas de prueba compleja el tribunal lo estimare conveniente, el secretario resumirá al final de cada declaración o dictamen la parte sustancial que deba tenerse en cuenta. También podrá ordenarse la grabación o la versión taquigráfica total o parcial del debate”.

4. La actora afirma que las normas que impugna limitan el derecho del acusado a contar con una revisión amplia de su condena, y en un sentido más general afectan el derecho a una tutela judicial efectiva; que el derecho reconocido en los arts. 8.2, h) de la CADH y 14.5 del PIDCP comprende tanto la posibilidad del tribunal revisor de examinar los planteos de derecho formulados por el recurrente, como también el examen de numerosas cuestiones probatorias, que exigen disponer de las constancias del juicio oral.

Agrega que es imprescindible un registro que no se limite a una mera síntesis de lo ocurrido en la audiencia, y cuya existencia “no puede depender de la decisión discrecional del tribunal de primer instancia”, a fin de determinar si la valoración de los hechos producidos en la audiencia resulta —como mínimo— arbitraria.

En la demanda están identificadas las reglas y principios de la Constitución Nacional y del derecho internacional de los derechos humanos, que la accionante considera vulneradas por las normas que cuestiona; y funda su pretensión en la interpretación constitucional efectuada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la Cámara Nacional de Casación, el Tribunal Supremo de España, y por diversos organismos encargados de asegurar la vigencia de los tratados invocados.

5. La acción interpuesta es admisible. La actora formula un planteo de naturaleza constitucional, destinado a determinar si los artículos que indica son contrarios a la Constitución Nacional y a tratados internacionales, en los términos del art. 17 de la LPTSJ, sin ninguna mención de la CCBA.

El art. 47 del Código de Procedimiento Contravencional y el art. 59, inc. 3º de la ley 12 (incorporado por ley 1287) son normas generales emanadas de las autoridades de la Ciudad, que cumplen los requisitos exigi-

dos por la CCBA (art. 113, inc. 2º), por la ley 402 y por la reiterada jurisprudencia del tribunal en este punto.

La situación es algo diferente respecto de los arts. 394 y 395 CPPN. En primer lugar estas son, a diferencia de las anteriores, normas dictadas por el Congreso de la Nación.

En segundo lugar las leyes 597 y 1287 fueron sancionadas por la Legislatura porteña y refieren al Convenio sobre transferencia de competencias penales de la justicia nacional a la justicia local suscripto por los gobiernos nacional y de la Ciudad, y ambas disponen la aplicación supletoria del CPPN.

Así, la ley 597 dispone que los tipos penales comprendidos en la transferencia de competencias “serán investigados por el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y juzgados por sus Jueces competentes, conforme a los procedimientos establecidos en la Ley 12 de la ciudad Autónoma de Buenos Aires y hasta tanto no se dicten las normas procesales de la Ciudad, con aplicación supletoria del Código procesal Penal de la nación en todo lo que no se encuentre expresamente previsto en aquella ley”.

A su vez, la ley 12, en su art. 55 (incorporado por ley 1287) reitera el principio de aplicación supletoria del CPPN “con arreglo a las disposiciones de este capítulo con aplicación supletoria del Código Procesal Penal de la Nación en todo lo que no se encuentre expresamente previsto en esta ley y no contrarie las normas establecidas en la CCBA”.

La ADC no impugna el criterio adoptado por la Legislatura, y a partir de él infiere que los arts. 394 y 395 CPPN son normas locales y generales, esto es, susceptibles de ser invalidadas por el tribunal en el marco de la competencia que le otorga el art 113, inc 2º CCBA.

La Ciudad ha optado, en ejercicio legítimo de atribuciones que le son propias, por la posibilidad de aplicar supletoriamente el CPPN, hasta tanto no dicte su propio código de procedimiento penal. Es más, las leyes 597 y 12 incluyen una pauta de interpretación clara y precisa, según la cual sólo está autorizada la aplicación supletoria de las disposiciones del CPPN cuando no contradigan a la CCBA y al Código de Procedimiento Contravencional.

En consecuencia, los arts. 394 y 395 integran el orden jurídico de la Ciudad a partir de la mención genérica del Código Procesal Penal de la Nación contenida en las leyes citadas.

6. El tribunal es competente para intervenir en el proceso y la demanda es admisible (art. 21, LPTSJ) en relación con el planteo de inconstitucionalidad respecto de los arts 47 y 59 del Código de Procedimiento Contravencional y 394 y 395 del CPPN.

Corresponde, en consecuencia, ordenar el traslado de la demanda, por el plazo y con los alcances señalados en el art. 21 de la ley 402.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Adhiero al voto de mi colega Alicia E. C. Ruiz.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Si bien los actores no aluden a la eventual contraposición entre los artículos que objetan —preceptos, todos, del orden jurídico local— y la CCBA, sí denuncian un conflicto entre éstos y normas que integran el bloque de constitucionalidad federal, por lo que la acción interpuesta resulta formalmente admisible (art. 17, ley 402).

En razón de ello, sin perjuicio del juicio de procedencia de la acción que pueda efectuarse tras escuchar el debate que las partes habrán de sustanciar en este proceso, voto por la admisión de la acción declarativa de inconstitucionalidad interpuesta.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Me adhiero al voto de la señora jueza de trámite, con la prevención del párrafo segundo del voto de la señora jueza Ana María Conde.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Adhiero al voto de la señora jueza de trámite, con la prevención del párrafo segundo del voto de la señora jueza Ana María Conde.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Declarar* formalmente admisible la acción de inconstitucionalidad planteada por la Asociación por los Derechos Civiles a fs. 22/38 contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires respecto de los arts. 47 y 59 del Código de Procedimiento Contravencional y 394 y 395 del CPPN.

2°. *Correr* traslado de la demanda al señor jefe de Gobierno, en el domicilio de la Procuración General de la Ciudad, por el plazo de treinta (30) días, para que comparezca y la conteste, acompañe la prueba documental que haga a su pretensión y ofrezca la restante que considere necesario producir en la audiencia que oportunamente será fijada.

3°. *Mandar* que se registre, notifique y cumpla.

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

XXXV

**“GIESO S.A. S/QUEJA POR RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘GIESO S.A.
C/DGR (RESOL. 289-SHYF/01) S/IMPUGNACIÓN
ACTOS ADMINISTRATIVOS”**

**RECURSO DE QUEJA: Inadmisibilidad. Sentencia definitiva.
Impuesto sobre los ingresos brutos. Anticipos.
Ingreso tardío. Ejecución fiscal. Medida cautelar. Condonación de multa**

Expte. 3582/04 - 18/5/2005

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Por resol. 289-SHyF/01, el secretario de Hacienda y Finanzas del Gobierno de la Ciudad desestimó el recurso jerárquico interpuesto por Gieso S.A. contra la resol. 2754-DGR/00 mediante la cual se desestimara el recurso de reconsideración articulado contra la resol. 791-DGR/00 que condenó a la empresa al pago de una multa de \$ 5.809 por el ingreso tardío de los anticipos 8º y 12 del Impuesto sobre los Ingresos Brutos del año 1998 (fs. 92/93, autos principales).

2. Agotada la vía administrativa, Gieso S.A. interpone demanda solicitando se revoque la resol. 289-SHyF/01 y se suspenda cautelarmente la ejecución del acto impugnado (fs. 20/20 vta., autos principales).

3. A fs. 59/60 de los autos principales, la jueza de primera instancia, Lidia E. Lago, deniega la cautelar requerida.

4. Esa decisión es apelada por la actora a fs. 62, autos principales, quien además ahora solicita la condonación de la multa en los términos de los arts. 2º y 8º de la ley 671 (fs. 64/68, autos principales).

5. Corrida la vista a la fiscal de Cámara, ésta opina (fs. 73/74 vta., autos principales) que debe ser desestimada la condonación peticionada por la contribuyente porque “la actora se sometió al plan de facilidades de pago previsto en el dec. 1708/97 (resol. 3642-SHyF/98) (...), resultando además que los recursos administrativos presentados a fin de impugnar la aplicación de la sanción no tuvieron favorable acogida en sede adminis-

trativa (...). Es decir que la imposición de la sanción ha pasado ‘en autoridad de cosa juzgada administrativa’.” (fs. 73 vta., autos principales). Y “la ley 671 ha impuesto como condición para hacer posible la condonación de las deudas, que el acto administrativo que la impone no hubiera pasado ‘en estado de cosa juzgada administrativa’ (art. 2º, inc. c))” (fs. 74 vta., autos principales).

6. El 14/2/2004 la Sala II de la CCaYT decide otorgar la medida cautelar solicitada hasta tanto la Dirección General de Rentas se expida sobre el pedido de condonación de la multa que obliga a formular a la contribuyente ante esa dirección, en atención a que la condonación “no opera automáticamente sino que debe ser precedid[a] de una solicitud ante la autoridad de aplicación, tal como ha sido regulado en la resol. 5161-DGR/01 (*BOCBA*, n° 1356, 10/1/2002)” (fs. 76 vta., autos principales).

7. A fs. 82/83 de los autos principales Giesso S.A. acompaña la solicitud de condonación de deuda iniciada ante la Secretaría de Hacienda y Finanzas del GCBA en los términos del art. 2º, inc. c), de la ley 671.

8. Por providencia 4488-DGR-D-02, de fecha 10/6/2002, “se rechaza el planteo interpuesto por el apoderado de la Firma (...) toda vez que el cobro de la multa en cuestión se encuentra en sede judicial.” (fs. 135, autos principales).

9. A fs. 151 de los autos principales, Lago tiene por habilitada la instancia judicial.

10. A fs. 168 de los autos principales, Giesso S.A. pide que se “declare la condonación de la multa apelada” atento lo establecido en la ley 1078 y en el art. 14 de su decreto reglamentario (n° 1736/03).

11. El 8/3/2004 la jueza de primera instancia admite el planteo de la contribuyente y declara condonada la multa en los términos del art. 5º del dec. 1736/03 (fs. 174/175, autos principales).

12. La Procuración apela (fs. 179/179 vta. y 181/185 vta., autos principales) y la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso y Tributario, con fecha 27/8/2004, hace lugar al recurso de apelación, revocando la decisión de la jueza de grado (fs. 194/195 vta., autos principales).

13. A fs. 77/90 vta. Giesso S.A. interpone un recurso de inconstitucionalidad, cuya denegatoria (fs. 217/217 vta.) dio origen a la presente queja.

14. Corrida la vista al fiscal general a fs. 109, éste propicia rechazar el recurso de queja (fs. 113/115).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La queja está interpuesta en tiempo y forma (art. 33, L.P.T.). Sin embargo, no resulta admisible.

2. Como señala el fiscal general en su dictamen, no se recurre una sentencia que pueda ser calificada de definitiva en los términos del art. 27 de la ley 402 porque “el punto decidido por la Cámara y que fuera objeto de la presente impugnación, es decir, la procedencia de la condonación, no agotó el objeto procesal” (fs. 114 vta.).

En efecto, rechazada la pretendida condonación de la multa, la controversia principal (esto es: la procedencia de esa sanción tributaria) no ha sido materia de tratamiento en la decisión cuestionada. Incluso, como destaca el fiscal general, “ni siquiera es mencionada en los antecedentes que preceden las consideraciones que hizo el a quo para justificar la decisión” (fs. 114).

3. Como acertadamente describe la jueza de primera instancia: “en autos se demanda la revocatoria del acto administrativo resol. 289-SHyF/01 (...) mediante el cual se desestimó el recurso jerárquico interpuesto por la actora contra la resol. 2754-DGR/00, que desestimó el recurso de reconsideración interpuesto contra la resol. 791-DGR/00, que concluyó el sumario fiscal y le impuso sanción de multa por ingreso fuera de término y durante el procedimiento de verificación, de los anticipos mensuales 8° y 12° del año 1998, del Impuesto sobre los Ingresos Brutos, en infracción al art. 73 del C.F. —conf. demanda de fs. 20/ vta. y resoluciones administrativas de fs. 4/7—.” (apart. 3° de su sentencia, fs. 63, autos principales).

Sin embargo, como bien señala, también en este caso, la magistrada de grado, “tal como quedaron planteadas las posiciones de las partes corresponde examinar la aplicación al caso de la ley 1078 y el dec. 1736, invocados por la actora, pues de resultar procedente el planteo se tornaría insustancial el tratamiento de las cuestiones que constituyen el objeto de la demanda” (párr. 1°, apart. 4° de su sentencia, fs. 63, autos principales).

Por ello, revocada la condonación decretada en esa instancia, la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y Tributario debió haber remitido la causa a primera instancia a fin de que la jueza a cargo del juzgado interviniente en este proceso se expidiera sobre el fondo del litigio.

4. Por fin, como la contribuyente no advierte la ausencia de este recaudo legal del art. 27 de la L.P.T. —error en el que también incurre la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y Tributario al

denegar el recurso de inconstitucionalidad—, no desarrolla ningún argumento tendiente a demostrar que la decisión que pone en crisis la priva de otros medios legales para obtener la tutela de sus derechos o le causa un gravamen de imposible o insatisfactoria reparación ulterior. La omisión de esta carga procesal, en función del principio dispositivo, no puede ser suplida por el Tribunal.

5. Por las razones expuestas, voto por rechazar la queja intentada por Giesso S.A. a fs. 93/103.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Adhiero al voto formulado en autos por la jueza de trámite Alicia E. C. Ruiz.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El recurso de queja, como tal, no puede prosperar, en tanto la resolución que se ataca, como bien lo señala en su voto la jueza de trámite doctora Alicia E. C. Ruiz, no constituye *sentencia definitiva* en los términos requeridos por el art. 27 de la ley 402, *en tanto no se ha agotado el objeto procesal de la causa* por no haberse decidido los planteos de Giesso S.A. enderezados a que se revoque la resol. 285-SHyF/01, por la que se le impuso una multa en virtud del pago tardío de anticipos del Impuesto a los Ingresos Brutos.

En sentido concordante el señor fiscal general señaló sobre el punto: “Por tal razón estimo que el punto decidido por la Cámara y que fuera objeto de la presente impugnación, es decir, la procedencia de la condonación, no agotó el objeto procesal, sino que se trató de un pronunciamiento previo al dictado de la sentencia definitiva y que, como tal no resulta comprendido entre aquellos susceptibles de ser impugnado mediante el recurso de inconstitucionalidad (art. 27, ley 402).//Por otro lado, habida cuenta del anómalo carácter fragmentario del pronunciamiento en estudio, nada impide que los agravios relacionados con la aplicabilidad del régimen de condonación de multas puedan ser nuevamente articulados en un eventual recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia que en definitiva se dicte sobre el fondo de la cuestión, si esta fuese adversa a la parte actora” (véase fs. 114 vta.).

2. Así las cosas, el recurso de inconstitucionalidad aunque improcedente produce efectos, ya que fue diligente y correcta la decisión de la actora de interponerlo, para manifestar, de tal manera, su voluntad de no consentir la sentencia de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario que no hizo lugar a su pedido de condonación de la multa.

Por ende, tal como ya lo ha resuelto este Tribunal por mayoría, aunque en referencia a recursos de apelación ordinarios —votos de los jueces Ana María Conde, Alicia E. C. Ruiz, Guillermo A. Muñoz y del suscripto— (conf. “GCBA s/recurso de apelación ordinario, en: ‘Latinoconsult S.A., Proel Sudamericana S.A., Arinsa S.A. (Unión Transitoria de Empresas y otros c/GCBA s/otros’”, expte n° 1243/01, resolución del 12/12/2001, en *CyJ, Fallos TSJBA*, III-2001, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 787 y ss.; y “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de apelación ordinario denegado: ‘Telecom Argentina Stet France Telecom. S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/nulidad de acto jurídico’”, expte. n° 1252/01, sentencia del 19/12/2001, en *CyJ, Fallos TSJBA*, III-2001, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 809 y ss., entre otros), debe procederse teniendo en cuenta que: *a)* el recurso de inconstitucionalidad ha sido interpuesto en tiempo y forma, y *b)* diferir el examen de sus agravios para el momento procesal pertinente, una vez dictada la sentencia definitiva de la Cámara que agote el objeto procesal, en tanto ellos subsistan, se mantengan y fundamenten ante este estrado. Ello así, ya que el planteo sólo vale como una suerte de apelación diferida en la cual se expresa la disconformidad con una decisión que, en esta etapa del proceso en que no hay decisión sobre el pedido de revocatoria de la multa, no cabe aún la intervención del tribunal.

3. Cabe añadir, desde mi óptica, como una reflexión adicional, que la forma en que propongo se decida, aunque pospone el tratamiento de los agravios que aquí se agitan, no genera un perjuicio al contribuyente apenas se advierta que estando judicialmente recurrida la sanción, es doctrina de este Tribunal que solo las *multas ejecutoriadas* son susceptibles de ejecución, como lo dispone de manera expresa y clara el art. 450 del CCaYT (conf. expte. n° 1686/02, “Buenos Aires Container Services S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Buenos Aires Container Services S.A. c/GCBA s/otros procesos incidentales’”, sentencia del 13/11/2002, fundamento 2).

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso de queja fue deducido en tiempo (art. 33, L.P.T.); sin embargo, él no puede ser admitido.

2. La resolución cuestionada que rechaza el pedido de condonación solicitada por la quejosa de la multa de \$ 5.809 (pesos cinco mil ochocientos nueve) aplicada por el Fisco local por falta de pago en término de los anticipos 8° y 12° del Impuesto sobre los Ingresos Brutos del año 1998, y por el acogimiento al plan de facilidades de pago regido por el dec. 1708/

97 (B.O., 339 del día 5/12/1997), en el que se incluyó los anticipos 6º, 11 y 12 del año 1997 impagos, de ningún modo puede equipararse a “sentencia definitiva” puesto que no pone fin al proceso y tampoco causa un agravio de imposible reparación ulterior, por lo que —también por este argumento— el recurso de inconstitucionalidad fue correctamente denegado por el tribunal *a quo*.

En efecto, como señala la jueza de primera instancia “en autos se demanda la revocatoria del acto administrativo resol. 289-SHyF/01 (,) mediante el cual se desestimó el recurso jerárquico interpuesto por la actora contra la resol. 2754-DGR/00, que desestimó el recurso de reconsideración interpuesto contra la resol. 791-DGR/00, que concluyó el sumario *fiscal y le impuso sanción de multa*” (fs. 63 de autos principales).

3. Como sostuvo este Tribunal en la causa “Congedo, Francisco c/GCBA s/recurso de queja”, expte. n° 319/00, resolución del 31/5/2000, en *CyJ, Fallos TSJBA*, II-2000, pp. 130 y ss., no tratándose de una sentencia definitiva ni de uno de los casos excepcionales que provoque en quien recurre un perjuicio irreparable, este mecanismo impugnativo resulta improcedente.

En autos, la queja interpuesta no contiene ningún argumento sólido para justificar por qué la resolución que rechaza el pedido de condonación es una sentencia definitiva o equiparable a tal a los efectos del recurso de inconstitucionalidad, sino sólo reitera los defectos que ya contenía el recurso, pues en ninguna de las dos ocasiones se ha logrado exponer fundadamente un caso constitucional, conforme lo establece el art. 27, ley 402. La simple mención de disposiciones constitucionales sin una crítica desarrollada y fundada sobre la invalidez de las disposiciones legales aplicadas según las reglas constitucionales mencionadas, no dan adecuado sustento a un recurso de inconstitucionalidad.

Por otra parte, la insuficiencia señalada en el punto precedente no es sorteable con la invocación de arbitrariedad de la sentencia apelada o la pretendida interpretación errónea del derecho que rige el caso, en tanto constituyen apreciaciones puramente genéricas del recurrente, donde el supuesto agravio de carácter constitucional es mencionado pero sin fundamentación suficiente.

De allí que la circunstancia de que la parte recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que la sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria (conf. *CyJ, Fallos TSJBA*, I-1999, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 282 y ss., en: “Federación Argentina de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción de inconstitucionalidad”, expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas), pues

“si el fallo apelado, dictado por los jueces de la causa, es fundado y serio, aun cuando pueda discutirse con base legal la doctrina que consagra o sus consecuencias prácticas, no resulta aplicable la jurisprudencia excepcional establecida en materia de arbitrariedad” (*Fallos*, 237:69), que “no cubre los supuestos de error en la interpretación del derecho” (*Fallos*, 237:74) toda vez que “la impugnación por arbitrariedad no consiste exclusivamente en la mera disconformidad con la interpretación que hacen los tribunales de justicia de las leyes que aplican, en tanto no exceden las facultades que son propias de su función y cuyo acierto o error no incumbe al tribunal revisar” (*Fallos*, 233:42; 233:80; 237:142; 237:319; 238:23; 238:509; 239:154; 240:252; 241:63; 242:252; 243:384; 246:77; 247:117; 247:198; 247:713; 250:348; 256:39; entre muchos otros).

4. Ello no obsta sin embargo que, como ya lo resolvió este Tribunal Superior en la causa “Administración General de Puertos (A.G.P.) s/queja por recurso de apelación ord. Denegado”, expte. n° 1151/01, resolución del 4/10/2001, y “GCBA s/recurso de apelación ordinaria en Latinoconsult S.A., Proel Sudamericana S.A., Arinas S.A., Unión Transitoria de Empresas, y otras c/GCBA s/otros” resolución del 12/12/2001, tener presente el recurso interpuesto en tiempo y forma para su oportunidad, y diferir su examen para el momento procesal pertinente, una vez dictada la sentencia definitiva por la Cámara, en tanto subsistan, se mantengan y fundamenten los agravios del recurrente ante este estrado (conf. *Fallos*, 188:393).

Ello así, siempre que se encuentren satisfechos, en dicha circunstancia, los requisitos exigidos por la ley 402, art. 27 y sus remisiones.

5. Por las razones antes expuestas, y de conformidad con lo dictaminado por el fiscal general, voto por el rechazo de la queja interpuesta por Gieso S.A. en estos autos.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Adhiero al voto de mi colega Alicia E. C. Ruiz, agrego a sus fundamentos que cuando el recurrente señala que “el pronunciamiento dictado por la Cámara imposibilita que la cuestión debatida (...) pueda ser planteada en otro proceso posterior” (fs. 82 vta.) soslaya que la sentencia verdaderamente definitiva podría disipar el agravio planteado así como que este Tribunal podrá revisar —si se cumplen los recaudos pertinentes— todos los puntos que no hayan devenido abstractos cuando quede definida la solución del pleito por el *a quo* (conf. mi voto *in re* “Altieri e Hijos S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado” y expte. n° 2595/03 “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Altieri e Hijos S.A. c/DGR (resol. 1672-SHyF/00) s/recurso de apelación judicial

c/decisiones de DGR (art. 114, C.F.)”, expte. n° 2591/03, resolución del 29/9/2004).

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

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Rechazar* el recurso de queja interpuesto por Giesso S.A. a fs. 93/103.

2°. *Dar* por perdido el depósito de fs. 107.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique, se ponga en conocimiento del señor fiscal general, se agregue este expediente al principal y ambos se remitan a la Sala que intervino en el proceso.

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

XXXVI

“GCBA S/QUEJA POR RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO,
EN: ‘GCBA C/SR. PROPIETARIO S/EJECUCIÓN FISCAL’”

RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad. Recurso de inconstitucionalidad: Ejecución fiscal. Sentencia equiparable a definitiva. Interpretación de normas procesales. Garantía del debido proceso. Derecho de defensa en juicio. Sujeto pasivo de la obligación tributaria. Intimación. Desestimación de la demanda de ejecución. Notificación. Registro de la Propiedad Inmueble. Jurisdicción nacional. Ley 24.588. Autonomía de la Ciudad de Buenos Aires

Expte. n° 3374/04 - 18/5/2005

VISTO:

El expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

I. El Gobierno promovió la ejecución fiscal del certificado de deuda de fs. 2, autos principales. La jueza en lo Contencioso Administrativo y

Tributario n° 7 intimó a la parte actora para que en el plazo de cinco días individualizara y acreditará el sujeto pasivo de la obligación, bajo apercibimiento de desestimar sin más trámite la presentación. Transcurrido en exceso el plazo mencionado, la jueza desestimó la demanda (fs. 5, autos principales).

2. El GCBA planteó contra esa decisión recurso de apelación que fue denegado (fs. 7, autos principales) pues, la jueza consideró que, por el monto del proceso la decisión no era apelable (resol. CM-487/04). Frente a esta decisión la ejecutante dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 8, autos principales) que también fue denegado por no haberse expuesto debidamente un caso constitucional y porque las cuestiones de índole procesal son ajenas al remedio intentado (fs. 9, autos principales).

3. El apoderado fiscal acudió en queja ante el tribunal (fs. 9/10).

4. El señor fiscal general dictaminó por el rechazo de la queja (fs. 25/27).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad y la queja que lo defiende deben ser admitidos.

2. Tanto en esta queja como en el recurso de inconstitucionalidad se cuestiona la decisión de la jueza de primera instancia que desestimó la demanda de ejecución.

El apoderado fiscal plantea que la desestimación de la demanda decidida en primera instancia determina la imposibilidad de un juicio posterior respecto de los períodos que hubieran prescripto y afecta la percepción de la renta pública.

Si bien es cierto que, en principio, las decisiones recaídas en juicios ejecutivos no constituyen sentencia definitiva y que en ambos recursos apenas se ha esbozado el carácter definitivo de la resolución impugnada, reitero las consideraciones que vertiera en forma conjunta con los jueces Ana María Conde y Guillermo Andrés Muñoz en una causa similar a la presente, donde se consignó que “la decisión recurrida, aun cuando no resuelve el fondo del asunto, impide replantearlo, de manera que cabe considerarla una sentencia equiparable a definitiva, a los efectos del recurso de inconstitucionalidad” (*in re*: “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘GCBA c/Nuetec S.A. s/ejecución fiscal’”, expte. n° 1666/02, sentencia del 11/12/2002).

3. Como fue expresado en el voto de la jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adherí, en la causa “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en GCBA c/Sr. Propietario partida 3609135 s/ejecución fiscal”, expte. n° 3314/04, sentencia del 30/3/2005, entre muchos otros, “Aunque las cuestiones que se deben ponderar se relacionan, principalmente, con la interpretación de reglas procesales —aspecto que, por regla general, resulta ajeno al remedio intentado— el agravio del recurrente se muestra apto para habilitar este estrado porque lo decidido pone en juego la garantía del debido proceso y el derecho de defensa en juicio, que no se satisfacen con decisiones judiciales sólo aparentemente fundadas, pues se apartan de la solución legal prevista para resolver el planteo”.

En efecto, tal cual se expresara mi apuntada colega en la causa de marras: “Como surge del expediente principal, la jueza de primera instancia intimó al ejecutante para que indique y acredite el sujeto pasivo de la obligación, por aplicación de lo dispuesto en los arts. 269, inc. 2°, y 271 del CCAyT. Esta decisión fue notificada por ministerio de la ley./Si bien la aplicación en el caso de esas disposiciones puede ser opinable, pues las reglas del proceso ordinario que la jueza invoca rigen *supletoriamente* las acciones especiales (véase art. 449, CCAyT), lo cierto es que, por no tratarse de una regla propia del proceso de ejecución, el tribunal debió comunicar al ejecutante que aplicaría esa norma mediante la notificación personal o por cédula de la providencia que así lo disponía. La facultad del juez de seleccionar y aplicar una regla cuyo incumplimiento traería aparejada la desestimación de la demanda debió ser ejercida resguardando el derecho de defensa de la parte ejecutante. Para garantizar esa defensa el CCAyT establece, entre las disposiciones generales aplicables a todo tipo de procesos, que las resoluciones que ordenan intimaciones o apercibimientos no establecidos *directamente* por la ley deben ser notificados personalmente o por cédula”.

Por ello, como también se estableció en el precedente citado: “El debido proceso legal y la defensa en juicio (art. 18, C.N.), afectados por la desacertada aplicación realizada por la jueza de primera instancia de las disposiciones referidas a la notificación de una intimación cuyo incumplimiento aparejaba la desestimación de la demanda, deben ser reestablecidos, ahora, mediante una decisión del tribunal que ponga en quicio el trámite de la ejecución”.

4. Asimismo, y más allá de la precariedad del escrito presentado, existe otro agravio que tiene la suficiente entidad y fundamentación para ser considerado: *el excesivo rigor formal* en que incurrió la instancia de mérito, actitud que lesiona el derecho constitucional de defensa en juicio.

En atención al incierto tenor de la situación procesal de que da cuenta esta causa y al encontrarse en juego la normal percepción de la renta pública, la decisión recurrida deja traslucir un rigor formal excesivo.

Cobra pleno sentido, en situaciones como la presente, el criterio sustentado por el Máximo tribunal federal en el *leading case*: “Domingo Colalillo vs. Compañía de Seguros España y Río de la Plata”, sentencia del 18/9/1957 (*Fallos*, 238:550). Allí, tras destacar que el juicio ofrecía características singulares, la CSJN subrayó que “es propio de tales situaciones la obligación de los jueces de ponderar con mayor rigor la aplicación de los principios jurídicos pertinentes, a fin de no incurrir, con daño para la justicia, en una aplicación sólo mecánica de esos principios”. Si bien la situación de hecho en el citado precedente no guarda relación con el tema bajo estudio, vale extender para el presente caso las reflexiones del tribunal cimero cuando afirmó que el proceso (civil en aquella causa) no puede ser conducido en términos estrictamente formales, agregando a continuación que “(n)o se trata ciertamente del cumplimiento de ritos caprichosos, sino del desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad jurídica objetiva, que es su norte”.

En el precedente de este estrado materia de cita —expte. n° 3314/04, sentencia del 30/3/2005—, también se estableció que “resulta evidente que considerar en forma aislada lo ocurrido en esta causa sin tomar en cuenta que se encuentran en la misma situación (...) un sinnúmero de ejecuciones fiscales iniciadas por el GCBA, conduciría a un resultado que no se compadece con la verdad jurídica objetiva, dado que parece poco verosímil que la Administración haya optado por renunciar en forma masiva al cobro de créditos fiscales, indisponibles y necesarios para llevar adelante la gestión del bien común que tiene a su cargo”. Estas reflexiones resultan válidas también para valorar el caso de autos.

Asimismo, cabe poner de resalto que “(l)a interpretación de las normas procesales no puede prevalecer sobre la necesidad de dar primacía a la verdad jurídica objetiva, de modo que su esclarecimiento se vea turbado por un excesivo rigor formal” (*in re*: “Belgrano 1332 S.R.L. vs. Nación Argentina” —*Fallos*, 310:799, sentencia del 21/4/1987).

En igual sentido al consignado en el párrafo precedente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en una causa específicamente tributaria, ha establecido que “(e)n la medida en que su competencia lo autorice, los jueces tienen el deber de contribuir a la eliminación, o en todo caso a la aminoración de factores que dañen la normal percepción de las rentas públicas y comprender que son ‘disvaliosas’ las soluciones que involuntariamente favorecen” (*in re*: “Massalin Particulares S.A. c/Fisco nacional —Dirección General Impositiva—”, *Fallos*, 316:2922, sentencia

del 9/12/1993). Es que estimo que deben tenerse presentes aquí las enseñanzas impartidas, a principios del siglo pasado, por César Ameghino, Director General de Rentas de la Provincia de Buenos Aires, cuando enfatizaba: “Hay que recaudar bien los impuestos viejos si se quiere evitar los impuestos nuevos; de aquí que la mejor manera de eludir nuevas cargas sea la de exigir rigurosamente a cada uno su parte en las cargas existentes, impidiendo que recaigan sobre los buenos [contribuyentes] las porciones que dejan de ingresar los malos”; (conf. *Régimen fiscal tributario de la provincia de Buenos Aires*, capítulo I: “La recaudación”, pp. 3 y ss., Buenos Aires, 1916). Decidir desatendiendo tales directivas sería contrariar los intereses de la “comunidad de contribuyentes” y de los vecinos en general.

5. Por otro lado, a la magistratura judicial local no puede pasar inadvertida la dificultad que afronta la Dirección General de Rentas de la Ciudad de Buenos Aires para individualizar actualizadamente a todos los propietarios de inmuebles a fin de promover el cobro de las contribuciones adeudadas por Alumbrado, Barrido y Limpieza; Territorial; Pavimentos y Aceras y Fondo Permanente para la Ampliación de la Red de Subterráneos —instituida, esta última, por la ley 23.514—. Ello como consecuencia de que —a diferencia de lo que ocurre con las veintitrés provincias argentinas—, se ha retenido inexplicablemente fuera de nuestra jurisdicción, por la limitación castrante del art. 10 de la ley 24.588, el Registro de la Propiedad Inmueble local, con un palmario menoscabo a la autonomía que se le reconoce a la Ciudad de Buenos Aires, a texto expreso, por el art. 129 de la C.N.; más aún, cuando resulta manifiesto que en nada se comprometerían los intereses nacionales de procederse a una adecuada localización de tal Registro en el ente público territorial local. En estas circunstancias, esta información crítica —titularidades de dominio—, imprescindible desde el punto de vista fiscal, se hace depender de la actuación de un tercero —el Estado nacional—, en detrimento incuestionable de la celeridad de actuación y percepción ágil de una de las principales fuentes de renta pública de nuestra jurisdicción.

6. Por todo lo expuesto, voto por admitir la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia de primera instancia y disponer que la jueza interviniente continúe el trámite de la ejecución.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. La decisión de primera instancia recurrida que desestima la demanda de ejecución fiscal y ordena el archivo de las actuaciones, no configura una sentencia definitiva, en los términos del art. 27, ley 402. Esa

resolución no sólo no es definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad, sino que tampoco puede asimilarse a tal, único supuesto en el que, para cierta doctrina, cabría equiparar una decisión interlocutoria a una sentencia definitiva; en la medida en que ella no impide que se replantee el pleito, no impide, por ende, la tramitación de un juicio posterior idéntico —arreglado a derecho—, ni causa un gravamen de imposible reparación ulterior (conf. mis votos en las causas 1888/02, “Inversora Quillén S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Inversora Quillén S.A. s/ejecución fiscal’”, sentencia del 5/3/2003, n° 2133/03, “GCBA c/Club Mediterráneo Argentina S.R.L. s/ejecución fiscal s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, sentencia del 27/5/2003 y n° 2690/03, “Club Atlético River Plate Asoc. Civil s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘GCBA c/Club Atlético River Plate s/ejecución fiscal’”, sentencia del 7/4/2004). Ello obsta a la procedencia del recurso de inconstitucionalidad articulado.

2. Asimismo, cabe destacar, como lo demuestran las constancias de la causa, que no existen verdaderos argumentos ni en el recurso de inconstitucionalidad ni en la queja ulterior, que concreten agravios relativos a preceptos constitucionales esgrimidos contra el auto que desestima la ejecución fiscal de que se trata —por no cumplir tempestivamente el ejecutante con la intimación judicial de identificar al demandado—. De hecho, no existen tachas de inconstitucionalidad específicamente fundadas, con independencia de su enunciación, cuya verificación resulta imprescindible para la procedencia del recurso. Tampoco significa eso la principal defensa procesal (derecho común) que ensaya la quejosa. De allí que, menos aún, en este aspecto, puede prosperar el recurso incoado. Admitir un temperamento contrario al expuesto convertiría a este Tribunal, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad (conf. TSJ, *in re* “Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja”, expte. n° 131/99, resolución del 23/2/2000, en *CyJ, Fallos TSJBA*, II-2000, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 20 y ss.), más próximo al momento actual: expte n° 1898/02, “Droguería Americana c/GCBA [resol. DGR-7346/91] s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR s/recurso de apelación ordinario”, sentencia del 17/11/2003, aún sin publicar), entre otros.

3. Resta agregar que el propio apoderado fiscal (como también lo señala el señor fiscal general en su dictamen) no sólo no arguyó que el GCBA no pueda iniciar nuevamente la demanda, sino que admitió expresamente que conserva esa potestad en caso de no tener éxito con la pre-

sente acción, atento a que el modo como se resuelve no le provoca un daño concreto e irreparable. En efecto, cualquiera que sean las palabras del dispositivo cuestionado, lo cierto es que el archivo dispuesto no evita la ejecución de la deuda, ni significa absolver de tal obligación al contribuyente.

Por lo demás, la verdadera gravedad institucional (argumento que enuncia el recurrente) no consiste en la afectación del erario público por causa de la correcta aplicación del derecho vigente, sino en el intento de percibir —a pesar de esa legislación— tributos que el propio apoderado fiscal no vacila en sostener que podrían ser objeto de la defensa de prescripción.

En razón de lo expuesto y de conformidad con lo dictaminado por el señor fiscal general, corresponde declarar inadmisibles la queja interpuesta y rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el apoderado fiscal del GCBA.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Adhiero a los puntos 1, 2 y 3 de los fundamentos y coincido con la solución propuesta por mi colega, el juez José O. Casás.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Adhiero a la solución propuesta en el voto del juez de trámite.

2. Si bien lo resuelto no reviste, en principio, el carácter de sentencia definitiva exigible para la procedencia del recurso de inconstitucionalidad, se configura un supuesto de excepción cuando la cuestión debatida excede el interés individual de las partes y afecta al de la comunidad en razón de que implica un entorpecimiento evidente en la percepción de la renta pública (conf. para casos análogos, CSJN, *in re* “Fisco nacional c/ Pemihual S.R.L. s/ejecución fiscal”, sentencia del 21/10/2003, entre otros).

3. El art. 119, inc. 5° del CCAyT dispone, en lo que aquí importa, que deberán notificarse por cédula las intimaciones y apercibimientos no establecidos por ley. El *a quo* intimó a la parte actora para que, en el plazo de cinco días, individualizara al demandado bajo apercibimiento de desestimar la demanda y no concretó su notificación por cédula. Con ello, soslayó injustificadamente la regla que le venía impuesta por la norma adjetiva en desmedro del derecho de defensa de la parte actora. Es sabido que los jueces no pueden apartarse de la ley aplicable al caso sin declararla fundadamente inconstitucional y tal juicio no puede ser implícito. Una solución contraria comprometería el derecho de defensa de la parte que ampara su pretensión en la norma dejada de lado.

Por lo demás, el plazo de cinco días previsto en la providencia cuestionada, sin desacreditar el objetivo buscado, en definitiva, no resulta de una ponderación razonada acerca de la influencia que tiene en el caso el hecho de que la información requerida provendrá de una repartición ajena a la jurisdicción local, el Registro Nacional de la Propiedad Inmueble.

En consecuencia, corresponde admitir la queja, declarar procedente el recurso de inconstitucionalidad, revocar la decisión cuestionada y devolver las actuaciones para la continuación del proceso.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero a los puntos 1, 2 y 3 del voto de mi colega, el juez José O. Casás.

El sistema del Código Contencioso Administrativo local establece como principio el de la notificación *ministerio legis* y como excepción la comunicación por cédula [ver. art. 117]. Esta última ha sido reservada para los supuestos enunciados, básicamente, en el art. 119. Su lectura permite establecer que el legislador reservó este mecanismo ya para asegurar el conocimiento de resoluciones relevantes en el trámite de un proceso, ya para evitar que el justiciable sea sorprendido por alguna novedad que no se ajuste a lo razonablemente esperado.

El criterio de evaluación de estas cuestiones debe estar guiado por la tutela del debido proceso; por lo que, ante la duda acerca de si el sujeto quedó o no notificado de alguno de los actos procesales mencionados en el art. 119, debe decidirse que no lo fue.

El magistrado de primera instancia dispuso una medida orientada a evitar la paralización del trámite del proceso, pero la respaldó con una intimación y apercibimiento cuya notificación por cédula no dispuso. En razón de lo expuesto, ante tal situación no cabe sino adoptar la decisión que mejor satisface el resguardo del derecho del justiciable, que es la proyectada en el voto al que adhiero.

Por ello, oído el señor fiscal general, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Admitir* la queja interpuesta por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

2°. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad y *revocar* la decisión de primera instancia que desestimó la demanda.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique, se ponga en conocimiento del fiscal general y se devuelva el principal con la queja para que continúe el trámite de la causa.

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

XXXVII

“COLEGIO DE PROCURADORES DE LA CIUDAD
DE BUENOS AIRES C/GOBIERNO
DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES
S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD”

**ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD: Inadmisibilidad.
Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma
de Buenos Aires. Integración. Abogado. Procurador. Derecho a ser elegido.
Principio de igualdad. Razonabilidad. Atribuciones de la Legislatura**

Expte. nº 3032/04 - 18/5/2005

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Sr. Alfredo Domingo Carro, por derecho propio —según lo aclaró a fs. 34— y el Colegio de Procuradores de la Ciudad de Buenos Aires, representado por su presidente y por su secretario —fs. 36—, interponen demanda tendiente a que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 113, 124 y 139 de la ley 1181, que instituyó el Sistema de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Los actores consideran que, de acuerdo con esa ley, “los procuradores tienen (...) el derecho y el deber de elegir pero se les coarta el derecho a ser elegidos” (fs. 27 vta./28), situación que conculca las garantías consagradas en los arts. 16, 28, 31 y 33 de la C.N., los arts. 1º y 6º de “la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano/8/1789” (*sic*, fs. 26 vta.), el art. 23.1, incs. a), b) y c) y 23.2 de la CADH y 11 de la CCBA (fs. 26/28).

2. A fs. 47/52 vta. la representación del Gobierno de la Ciudad contestó la acción planteada. Afirmó que las normas objetadas no violan el

principio de igualdad, tal como lo ha delineado la interpretación constitucional, porque éste admite que el legislador aplique un criterio de selección por el que se de distinto tratamiento a distintos grupos que enfrentan circunstancias también disímiles, por lo que solicita el rechazo de la demanda. Sin perjuicio de ello, propone que los artículos cuestionados sean interpretados más allá de su literalidad y que, en los casos en los que se refieren a abogados se consideren también comprendidos los procuradores.

3. El señor fiscal general se pronunció, a fs. 54/55, por el rechazo de la acción.

4. La Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, representada por su Presidente, se presentó a fs. 56/58 y su intervención fue admitida en autos en carácter de tercero adherente simple —coadyuvante— (fs. 94/96).

5. En los días 6/10/2004 y 16/2/2005 se celebró la audiencia prevista en el art. 21 de la ley 402, tal como surge de las actas obrantes a fs. 102/103 y 111 vta.

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

I. Las inconsistencias de los fundamentos de la acción planteada, en su momento, me hicieron dudar acerca de su admisibilidad pero tal circunstancia, antes que al rechazo, me llevó a pronunciarme por la admisibilidad del trámite, en la inteligencia que cuando un justiciable está invocando la lesión a un derecho, si existen dudas acerca de si corresponde sustanciar o no el debate, los jueces debemos permitir que este se produzca y que las partes vean satisfecho su derecho a ser oídas por un tribunal de Justicia que emita una decisión acerca del planteo que efectuaron.

Cabe establecer que las acciones de esta naturaleza, por su proyección, pueden prosperar sólo si se constata que la norma es inconstitucional en cualquiera de las hipótesis que pretende regir [conf. mi voto en las causas 2533/03, “Leibinstein, Perla Aída y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, sentencia del 19/11/2003 y 3077/04, “Gabas, Alberto Aníbal c/GCBA (Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires) s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, del 16/6/2004, donde, si bien consideré la admisibilidad de la acción y no su procedencia, enuncié criterios, aplicables al *sub examine*].

Como la admisión de la acción podría acarrear la eventual pérdida de vigencia de la norma en los términos previstos en el art. 113, inc. 2º de la CCBA, en este tipo de procesos se ve con mayor crudeza cómo puede

operar el rol contramayoritario de los jueces en el control de constitucionalidad, por lo que —a diferencia de lo que ocurre en supuestos como el del art. 14, último párrafo de la Constitución; de alcance limitado, propio del control difuso— no corresponde que los magistrados suplamos oficiosamente el déficit argumental de las partes. La acción de inconstitucionalidad se inscribe dentro del esquema participativo que guió el diseño de la máxima norma local —art. 1° de la CCBA— y tal circunstancia se suma a lo ya señalado para determinar que, en un proceso de esta naturaleza, debamos ajustarnos plenamente a los argumentos aportados por los restantes sujetos del proceso, sean estos las partes, terceros o *amici curiae*. En tal orden de ideas, la seriedad y calidad argumental del debate es determinante de la suerte de la acción, pues queda claro que no será posible adoptar una decisión que conlleve la abrogación de una norma sobre la base de un intercambio sombrío de argumentos aparentes o carentes de hondura.

II. Los actores sostienen que la ley —que establece el Sistema de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y crea la Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires—, en su capítulo II, art. 5°, fija su ámbito de aplicación, que comprende a los abogados y procuradores matriculados para actuar ante los tribunales con sede en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y que en los artículos objetados se prevé que la asamblea —art. 113—; el directorio —art. 124— y la Sindicatura —art. 139— estén integrados sólo por abogados; por lo que las disposiciones citadas violan las normas constitucionales que garantizan un trato igualitario y que establecen el derecho a elegir y ser elegido, así como los principios inherentes a la forma de gobierno representativa, republicana y federal, establecidos en el art. 1° de la C.N.

a) Enfrentamos un supuesto en el que la exclusión denunciada surge de la ley misma y no de su interpretación o aplicación; circunstancia que, si bien debiera facilitar la labor argumental de la actora, no autoriza a presentar una fundamentación formal, una mera apariencia de objeción constitucional sería, como ha ocurrido en el escrito de inicio. La respuesta del Gobierno de la Ciudad tampoco ha sido satisfactoria y el plano de defensa de la norma se ha integrado sólo con algún argumento de razonabilidad circunstancial introducido por la intervención coadyuvante, relativo a la inexistencia de padrones depurados que permitan que los procuradores participen de la dinámica electoral del ente creado en términos adecuados de seriedad.

El principio de igualdad se ve afectado cuando se practican distinciones basadas en factores sobre los cuales el ser humano no tiene control,

tales como su raza, color, linaje, religión, nacionalidad, sexo, clase social, etc. El valor de la igualdad consiste, precisamente, en el igual valor asignado a todas las diferentes identidades que hacen de cada persona un individuo diferente de los demás y de cada individuo una persona como todas las demás (conf. SLONIMSKI, Pablo: *La ley antidiscriminatoria*, Di Plácido, Buenos Aires, 2001, p. 23.).

La CCBA, en el art. 11, reitera básicamente el patrón establecido tanto en la Constitución Nacional, en diversos tratados internacionales y en el derecho comparado, según el cuál todas las personas son iguales ante la ley [conf. art. 16 de la C.N.; 1º y 24 de la CADH; 2 y 26 del PIDCP y 2º, 3º, 7º y 10 del PDESC, entre otros].

El principio de igualdad así enunciado no requiere tratar a todos los individuos de una misma manera, pero sí exige hacerlo con todos los iguales. Lo decisivo, entonces, es determinar cuál es el criterio idóneo para establecer, entre distintos sujetos, semejanzas o diferencias jurídicamente relevantes frente a similares circunstancias.

No basta para resolver la cuestión sostener que la igualdad prevista por la constitución es la igualdad de los iguales en igualdad de circunstancias y derivar de ello que como, “abogado” no es lo mismo que “procurador”, no habría violación a la garantía constitucional, pues tal determinación transitaría sólo por los aspectos meramente formales del tema. La cuestión es si en el régimen de la ley objetada existe razonabilidad en la exclusión de los procuradores de los órganos aludidos en los artículos cuestionados.

Dos factores deben ser considerados en tal evaluación: la exigencia formal de igualdad y el criterio material con el que ella opera [conf. MILLER-GELLI-CAYUSO: *Constitución y derechos humanos*, t. 2, Astrea, Buenos Aires, 1991, p. 1523]. Los actores han limitado su planteo al enunciado formal del principio y nada han aportado para el juzgamiento de la razonabilidad o irrazonabilidad del trato que la ley les dispensa; algo que debieron haber hecho, porque son quienes impugnan la norma. Han formulado un planteo de inconstitucionalidad sin adecuado sustento.

La regla de la igualdad no es absoluta ni obliga al legislador a cerrar los ojos ante la diversidad de circunstancias, condiciones o diferencias que pueden presentarse a su consideración; lo que ella estatuye es la obligación de evitar distinciones arbitrarias u hostiles. El legislador puede crear categorías, grupos o clasificaciones que irroguen un trato diferente entre los habitantes, a condición de que el criterio empleado para discriminar sea razonable, porque las únicas desigualdades inconstitucionales son las arbitrarias, las que carecen de toda razonabilidad, las persecutorias, las hostiles, las que deparan indebidos favores o privilegios, etc. [conf.

BIDART CAMPOS: *Derecho constitucional argentino*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1994, p. 386].

Ningún elemento se ha aportado aquí para establecer que el distinto régimen con el que en la ley se trata, en algunos aspectos, a los abogados y a los procuradores contraría el paradigma igualitario establecido en la Constitución, así descrito y evaluado. La intervención coadyuvante, por el contrario, ha planteado la cuestión relativa al registro y control de los padrones; argumento admisible pero de carácter circunstancial, pues su virtualidad va directamente unida a la subsistencia de tal dificultad.

El legislador ha optado por una entre las diversas alternativas posibles para la organización de un ente como la Caja, un diseño en el que la gestión ha sido puesta en manos de los principales destinatarios de la actividad del ente, sin perjuicio de la participación de todo ellos en la elección de los representantes que conformarán la asamblea —Título V, Capítulo II—. Si tal diseño contraría disposiciones constitucionales expresas o carece de razonabilidad constitucional era algo que debían argumentar adecuadamente los actores, haciéndose cargo de una evaluación completa de la ley, que no sólo prevé una actuación más extensa de los abogados, sino que también establece para algunos de ellos impedimentos a los que ni siquiera han aludido los demandantes. En particular, respecto de esto último, el art. 106 de la ley dispone que “no pueden ser Representantes a la Asamblea, Directores ni Síndicos: los miembros del gobierno, administración, control y de los tribunales de disciplina de los Colegios profesionales con control de la matrícula de abogado o Cajas o Institutos de Previsión o Seguridad Social de Abogados, incluido el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal [...] ni los sancionados por el tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal con pena de suspensión, mientras dure la misma, o exclusión, mientras no fueran rehabilitados”. La norma no prevé esta clase de impedimentos para procuradores. Si bien las razones de dicha omisión son obvias, no cabe pasar por alto que si se hiciera lugar a lo solicitado en los términos expuestos por los peticionantes, la solución que solicitan terminaría por desequilibrar el sistema de la ley pues el resguardo que implica excluir de los órganos a quienes están dentro de las situaciones previstas en el artículo citado pesaría tan sólo sobre los abogados aun cuando es sencillo prever que podrían existir situaciones equivalentes que pesasen sobre los procuradores a cuyo respecto, empero, la ley no brindaría respuesta similar. Los peticionantes no han considerado cómo abordar esta cuestión. Tampoco la actora ha expuesto cuál sería el criterio con el que pretende la revisión de la norma; pese a que ha de saber que este Tribunal no puede, en caso de admitir la declaración de inconstitucionalidad que solicita, sustituir los

preceptos objetados por los que considere idóneos. ¿Quieren ser elegidos dentro de una categoría “procuradores” o desean fundirse con la de los abogados? ¿Quieren que el Colegio de Procuradores participe paritariamente del órgano de fiscalización del art. 139? Si así fuera, ¿sería ello razonable?

Adviértase que las distintas normas cuestionadas no pueden ser evaluadas con una misma óptica, porque su diseño y su función responden a fundamentos y objetivos diversos. En efecto, una cuestión es la relativa a la integración de los órganos a los que aluden los arts. 113 y 124, supuesto en los que, de haber mediado una fundamentación suficiente, podría evaluarse la admisibilidad de la incorporación de los procuradores o bien la parte demandada podría aplicar una interpretación basada en los recursos hermenéuticos a los que aludiera en autos; pero otra muy distinta es la atinente al art. 139, cuya redacción obedecería a incumbencias propias de las profesiones allí mencionadas, inherentes a cometidos profesionales ajenos a la formación de los procuradores.

De tal modo, la fundamentación de una acción como la planteada exigía que los impugnantes transitaran por un segundo plano de análisis, el relativo a las razones, a los alcances y a las implicancias de cada uno de los artículos involucrados, el que no han recorrido, pese a que la naturaleza de la cuestión exigía el reconocimiento y la evaluación de estos matices relevantes.

El planteo formulado por los accionantes genera así más dudas que certezas; lo que es inadmisibles en una presentación de esta naturaleza, que pretende excitar el ejercicio de un rol contramayoritario por parte de los jueces.

No es posible soslayar un hecho relevante, como es el de verificar que con la proposición de una interpretación “alternativa” de los términos de la ley, la Ciudad ha dado cuenta de la posibilidad de revisar el criterio en ella establecido, algo que debiera ser evaluado en el área legislativa.

b) Las menciones a los derechos políticos establecidos en el sistema constitucional no alcanzan mejor suerte que el planteo relativo a la garantía de igualdad. Los actores incurren en una falacia de atinencia. Trasladan, sin mayor filtro crítico ni evaluación analógica, principios establecidos para la organización política e institucional del país a la conformación del ente creado por la ley 1181.

El propio sistema constitucional establece limitaciones para el ejercicio tanto del rol de elector como de funciones electivas; pues se trata de derechos que, como el resto de los contenidos en el bloque de constitucionalidad, son susceptibles de reglamentación. La cuestión es si la regulación dispuesta por el legislador es razonable, porque el de razonabilidad

es el parámetro que guía el control constitucional de la norma. Desde tal óptica hay que concluir que la labor argumental de los demandantes distó mucho de introducir un planteo que permita considerar que los fundamentos que cabe presumir en la norma han sido puestos en crisis. Nada claro y concreto han dicho al respecto, ni en la presentación inicial ni en las restantes oportunidades en las que han sido oídos por el tribunal y, dentro del marco de una acción como la intentada —dotada de eventuales efectos abrogatorios de la norma—, no corresponde que seamos los jueces quienes suplamos oficiosamente las deficiencias argumentales evidenciadas por las partes.

III. Como ya lo expuse, una acción de inconstitucionalidad requiere que el planteo por el que ella se presenta a la consideración del tribunal contenga un debate constitucional fundado con seriedad en el sistema de normas —federales y locales— que integran el bloque de constitucionalidad que rige la vida de nuestra comunidad. No basta con que el demandante invoque la afectación de garantías constitucionales si el planteo por él formulado no presenta la envergadura y razonable vinculación argumental que requiere una presentación de esta naturaleza.

En este proceso, los demandantes no han logrado establecer tal nexo argumental. Han declamado lesiones constitucionales; pero detrás de la presentación formal de su planteo no he encontrado fundamentos idóneos y tampoco los han incorporado en audiencia ante el Tribunal, pese a tener la oportunidad de hacerlo. Las consideraciones que he expuesto en el punto I imposibilitan que, dadas tales circunstancias, su pretensión pueda prosperar.

En mérito a ello, voto por el rechazo de la acción declarativa de inconstitucionalidad planteada.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Adhiero al voto de la jueza Ana María Conde.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

I. No es ocioso recordar, en el caso, que las leyes sancionadas por las autoridades legítimamente elegidas gozan de una presunción de constitucionalidad (*Fallos*, 310:1401; 312:496, 809 y 851; 314:424; 315:1563; 319:178; 324:3219; 327:1122). La declaración judicial de inconstitucionalidad constituye la *ultima ratio* del sistema de pesos y contrapesos establecido por el esquema constitucional de división de poderes: de allí la generalización de la regla hermenéutica de preferencia de la interpretación que compatibilice normas frente a aquella que las contrapone en colisión. La carga de los actores, en casos como estos, es pesada: el mero

desacuerdo con el contenido de una norma o la preferencia por otra regulación posible están fuera del marco del control de constitucionalidad — esas apreciaciones deben canalizarse a través del proceso político regular.

La acción sobre la que debo pronunciarme fue incoada con el propósito de que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 113, 124 y 139 de la ley 1181, que instituyó el Sistema de Seguridad Social para abogados de la CABA. La actora considera que las normas impugnadas imponen a los procuradores el deber de elegir, pero coartan su derecho a ser elegidos (fs. 27 vta./28).

2. Me referiré en primer lugar al arbitrio del legislador local como capítulo de la igualdad, y al test de “simple razonabilidad” que, afirmaré, debe guiar al tribunal en este caso. Como es sabido, la protección de la igualdad no se debilita, ni mucho menos quebranta, por el mero ejercicio de la potestad gubernamental de distinguir entre las personas, o grupos de personas, en la creación y aplicación de las leyes. Lo que se garantiza es que tales distinciones no estarán basadas en criterios impermisibles, o arbitrariamente aplicados con fines persecutorios u hostiles respecto de dichas personas o grupos. Si la clasificación del gobierno se vincula con un propósito apropiado, entonces se sostendrá la clasificación. A aquellos que son tratados de manera menos favorable por la legislación no se les deniega o priva de igual protección ante la ley, si no están similarmente situados respecto de aquellos que reciben el beneficio de la clasificación legislativa.

Así, la protección del valor “igualdad” no está *determinada* por el hecho de que un individuo específico, o grupo de individuos, sea ubicado dentro de una cierta categoría. Antes bien, la igualdad en tanto garantía permite constatar la adecuación o inadecuación de la clasificación adoptada. Toda vez que la materia en cuestión es la igualdad, los poderes políticos, en principio, tienen facultades para trazar distinciones legales entre categorías de personas, cuando ello resulta conveniente a fin de llevar adelante objetivos legales legítimos —presumiéndose la constitucionalidad de la norma sancionada de conformidad con las formas prescriptas para ello. Contrariamente, en algunos casos el recurso del legislador a ciertos factores de distinción puede responder a prejuicios y estereotipos que tienen por efecto excluir a categorías enteras de personas del ejercicio de un derecho que les corresponde. Casos típicos de esta categorización espuria son los de raza y religión y, en épocas más recientes, los de género y discapacidad. El caso *sub examine* se ubica, inequívocamente, en el primer escenario.

3. En consecuencia, la cuestión debe encararse desde la perspectiva que impone el *test de razonabilidad*, con tres efectos fundamentales:

- a) rige la presunción de constitucionalidad de las leyes;
- b) en caso de impugnación de la norma, no opera la inversión de la carga justificatoria —que se produce cuando su enunciado contiene alguna “categoría sospechosa”, de aquellas que enuncia con carácter no exhaustivo el art. 11 de la CCBA; por ello, es la parte que plantea la inconstitucionalidad, no el Estado, quien debe demostrar que la distinción consagrada legislativamente no está justificada por resultar palmariamente persecutoria u hostil;
- c) también opera el sometimiento de la justificación normativa a un estándar de escrutinio judicial simple, por oposición al “escrutinio estricto” que rige, en principio, en los supuestos comprendidos en el punto b).

Bajo el test de escrutinio simple, el tribunal debe rechazar la impugnación de una norma cuando ésta aparece sustentada en un propósito gubernamental jurídicamente permisible. De este modo, la igualdad se respeta, protege (o, a veces, ataca) a través del trazado de líneas legislativas. Se sigue de lo expuesto que, para determinar si una norma respeta o, por lo contrario, quebranta la igualdad, es menester examinar cómo se ha trazado esa línea. Para ello, a su vez, usualmente el intérprete debe contemplar la finalidad de la legislación. Una vez que el intérprete, por ejemplo un magistrado, ha identificado una finalidad gubernamental que, en sí misma, no viola la Constitución, y tras determinar que el modo en que el gobierno ha clasificado (incluido o excluido) a las personas en términos de tal finalidad no es objetable, debe rechazar la pretensión de impugnación de la norma.

Las disposiciones criticadas en el *sub examine* son, conforme se desprende de los magros argumentos articulados por la actora, *subinclusivas*; esto es, ellas contienen una clasificación que comprende a todas las personas situadas en absoluta paridad de términos (los abogados), pero excluye a otras personas (alegadamente) similares a ellos en función del propósito de la ley. Específicamente, la norma que se impugna parcialmente es *subinclusiva* —continúa la actora— porque impone a ambos grupos de profesionales matriculados el deber de elegir autoridades de la Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, “CASSABA” o “la Caja”), mientras negaría a uno de ellos (el de los procuradores) el derecho a que sus miembros resulten electos, no obstante ser expresa su inclusión en el ámbito de aplicación de la norma (art. 5º, ley 1181).

4. El planteo de la actora es infundado: la creación y reglamentación del funcionamiento de la Caja es una actividad discrecional de la Legisla-

tura, cuyos miembros han valorado (por razones que esbozaré *infra*) la conveniencia de establecer criterios de diferenciación (que se presumen) razonables entre abogados y procuradores en lo que atañe al “derecho a ser elegido” como integrante de la Asamblea, el Directorio o la Sindicatura.

Como he sostenido en mi voto *in re* “Liga de amas de casa, consumidores y usuarios de la República Argentina y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 480/00, resolución del 14/10/2003, consids. 3 y 4, *el escrutinio constitucional estándar* de una norma (esto es, el test que corresponde aplicar toda vez que la disposición criticada no conduce a desigualdades persecutorias u hostiles) impone un análisis centrado en dos planos: el de la permisibilidad de los fines de la norma cuestionada y el de la racionalidad de los medios escogidos para el cumplimiento de dichos fines.

En cuanto a la permisibilidad de la motivación legislativa, no se identifica en el caso planteado razón alguna para descalificar los fines específicos de las disposiciones puestas en crisis sino, por lo contrario, prevalece su interpretación como un desarrollo posible, ciertamente razonable, de las normas constitucionales locales que depositan en la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires la modalidad de instrumentación de un régimen como el de CASSABA (es oportuno recordar que la acción declarativa de inconstitucionalidad sólo puede prosperar si la actora demuestra inequívocamente que la norma es inconstitucional en cualquiera de las hipótesis que pretende regir y que, por tanto, ninguna interpretación posible de aquella resulta elegible).

Respecto de la autonomía de la Ciudad, entiendo que esta normativa la fortalece en la medida en que ella asume las competencias que tiene en materia de seguridad social para profesionales. Al considerar la base constitucional del arbitrio del legislador en esta materia, la CCBA contiene varias referencias al tema. En el capítulo referido a las “Atribuciones de la Legislatura”, el art. 80, inc. 2°, b) y d) —concordantemente con lo establecido por el art. 125 de la C.N.—dispone que legisla en materia de promoción y seguridad sociales, del ejercicio profesional, fomento del empleo y policía del trabajo. Asimismo, el art. 81, inc. 5° prevé que, con el voto de la mayoría absoluta del total de sus miembros, crea organismos de seguridad social para empleados públicos y profesionales.

5. ¿Qué interés persigue o cuáles son las razones que satisfacen los extremos del test simple al que me refiriera *supra*? De la participación de algunos de Sres. legisladores de la Ciudad en la 25° Sesión Ordinaria del 13/11/2003, ocasión en que se llevó a cabo el debate parlamentario de la ley 1181, es posible reconstruir ciertas creencias que explican la aproba-

ción masiva que aquélla recibió. Así, se destaca como decisivo el que “...esté perfectamente contemplado *el aspecto democrático en referencia al modo de elección de las autoridades de la asamblea, al sistema de representación*, y a las atribuciones referidas a garantizar a los beneficiarios el control del sistema previsional que se aprobaría por medio de esta ley” (énfasis suplementado). Asimismo, se afirmó que “[r]especto del aspecto previsional, el régimen logra un adecuado equilibrio entre un sistema solidario —y, por ende, redistributivo— y el acceso equitativo a las prestaciones, respondiendo a todos los principios contenidos en el art. 14 bis de la C.N., pero adaptando su regulación a las necesidades del abogado y la realidad que impone el ejercicio profesional en la actualidad y en nuestra jurisdicción”. Finalmente: “... resulta positivo que los afiliados controlen el manejo de sus fondos previsionales a través de la elección de sus autoridades en forma periódica y democrática” (conf. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Legislatura, Acta de la 25ª Sesión Ordinaria — 13/11/2003, versión taquigráfica 37, pp. 63 y 86).

De estas reflexiones que he escogido para ilustrar el tono y la firmeza del debate parlamentario, se sigue que dos de los fines perseguidos por la ley 1181 han sido: *a)* asegurar que el régimen de seguridad social para abogados de la CABA extendiera su carácter tuitivo para comprender también a los procuradores. Caso contrario, como sutilmente indicó el señor fiscal general en la audiencia celebrada el 16/2/2005, ¿por qué la actora no impugnó el art. 5º de la norma mencionada, que establece la obligatoriedad del sistema *para abogados y procuradores* de la Ciudad?, y *b)* instrumentar un contralor adecuado de los fondos previsionales, para lo cual asegura la elección democrática de autoridades.

De este modo, parece inequívoco que los fines perseguidos por las normas puestas en crisis gozan de una sólida base constitucional. En el caso, dichos fines se sustentan, cuanto menos, en tres consideraciones adicionales: primero, las que conciernen a incumbencias y cometidos profesionales que hacen preferible, a criterio del legislador local, la composición de los órganos mencionados por abogados (vale recordar que la demandada, contrariamente a esta interpretación, concedió en su escrito de contestación que los artículos impugnados de la ley 1181 podían ser interpretados más allá de su literalidad, de modo de entender que, toda vez que aquellos refieren a abogados, también se consideran comprendidos los procuradores); segundo, a la entidad o importancia relativa de cada padrón, en función del número de sus integrantes; y tercero (aunque vinculado con el punto anterior), la asimetría entre la existencia de un nutrido padrón de abogados y la inexistencia de un padrón similarmente *numeroso y depurado* en el caso de los procuradores (conf. audiencia del 16/2/2005).

6. Concedida la constitucionalidad de los fines de la ley, cabe analizar seguidamente la racionalidad de los medios establecidos para la consecución de dichos fines. Como he expresado en mi voto *in re* “Liga de amas de casa..”, ya citado: “El estándar constitucional de escrutinio de la relación entre medios y fines es el de mera racionalidad: de acuerdo con ese estándar, para que la impugnación prospere corresponde a los actores demostrar que los medios escogidos son irracionales con respecto a los fines permisibles y permitidos establecidos, de modo que no basta con señalar que podría haber otros medios a disposición de los poderes públicos” (consid. 4, párr. 1º). Aun siendo deseable, aunque probablemente inconveniente a la luz del argumento de las incumbencias profesionales, que las normas que reglamentan la integración de los órganos principales de la Caja contemplaran la posibilidad de que los procuradores, y no sólo los abogados, ejercieran la faz activa y *pasiva* de su derecho al voto en la elección de dichas autoridades, no cabe dudas acerca de la pertinencia de la reglamentación establecida por los artículos en crisis en punto a los medios de que dispone el GCBA para cumplir las normas que reglamentan las obligaciones a que se refieren los arts. 80 y 81 de la CCBA.

7. Me referiré a continuación a *los efectos* de una eventual sentencia abrogatoria de las normas atacadas y procuraré analizar qué tipo de papel (anticipo que vedado) debería cumplir el TSJ a fin de evitar el carácter que, como se apreciará, resultaría manifiestamente paradójico en caso de prosperar esta demanda.

Es oportuno señalar, como lo ha hecho este Tribunal en diversos pronunciamientos (conf. mi voto *in re* “Asociación por los Derechos Civiles [ADC] c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 2490/03, resolución de 9/6/2004, consid. 3; voto de la jueza Alicia E. C. Ruiz, *in re* “Barga, Lisandro Arturo y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 866/01, resolución del 26/12/2001, consid. 6), que la pretensión de la actora resulta paradójica. Desde la hermenéutica constitucional, esta paradoja se expresa en una incoherencia autorreferencial en tanto que, analizada desde la pretensión de la actora, su tacha de inconstitucionalidad de las normas en crisis redundaría en un planteo autofrustrante.

Ello es así por cuanto, si prospera el planteo de inconstitucionalidad impulsado, la accionante verá frustrada su pretensión sustantiva de que se reconozca a los procuradores “el derecho a ser elegidos”, pues las normas impugnadas (precisamente aquellas que establecen los recaudos para ser electo en la Asamblea, el Directorio o la Sindicatura), perderán vigencia. Como he

manifestado en mi pronunciamiento *in re* “ADC c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, oportunamente citado, “el planteo de la actora comporta (...) una paradoja: el remedio judicial demandado no parece poder satisfacer su reclamo; antes bien, lo frustra” (consid. 3, párr. 1º).

La analogía entre ambos casos no exhibe fisuras: la actora *no* solicita que el control de constitucionalidad que debe efectuar el tribunal se instrumente por medio de una sentencia interpretativa que, al reconocer la constitucionalidad de las normas que reglamentan parcialmente el proceso de selección de candidatos para los órganos especificados de la Caja, y enumerados *supra*, suprima a su vez la supuesta “desigualdad” que afecta a sus derechos en tanto procuradores excluidos (cómo hacerlo sin que el tribunal *legisle positivamente* será examinado más adelante). Por lo contrario, su pretensión es la declaración de inconstitucionalidad de tales normas, la cual y como se ha dicho, de prosperar, efectivizaría su pérdida de vigencia y, por tanto, la frustración de la pretensión de la accionante.

8. Procede en este punto hacer un señalamiento. En el caso de que la actora tome (como efectivamente lo hace) el segundo camino procesal de los dos descriptos en el considerando precedente, su pretensión debería ser desestimada sobre la base de la doctrina que viene articulando este Tribunal en el sentido de la improcedencia de su actuación como “legislador positivo”. Ésta era, también, la situación configurada *in re* “Barga, Lisandro Arturo y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, ya citado. Como señalara oportunamente el señor juez José O. Casás, no resultaba admisible entonces la pretensión de “lograr la igualdad en la ley por medio de la *ampliación del régimen que se cuestiona*” (consid. 2, párr. 1º; énfasis aportado). “[E]l tribunal en el marco de la competencia que le asigna el art. 113, inc. 2º, de la CCBA, está habilitado para... actuar, llegado el caso, como ‘legislador negativo’, expurgando del orden jurídico las normas de alcance general contrarias a la Constitución Nacional o de la Ciudad, pero no como ‘legislador positivo’ tal cual lo pretende la parte actora” (consid. 2, párr. 2º).

Para concluir mi análisis de los efectos de la sentencia perseguida, expondré las siguientes reflexiones y conclusiones:

- a) se presenta una paradoja (o incoherencia autorreferencial, o inconsistencia pragmática) toda vez que a la pretensión de la actora subyace el riesgo de autofrustración de su reclamo en caso de prosperar la declaración de inconstitucionalidad de las normas que promueve;
- b) la paradoja, como expresé en “ADC”, cit., se salvaría o superaría si la accionante autolimitara su pretensión a que el control de constitucionalidad que debe efectuar el tribunal se instrumentara

por medio de una sentencia interpretativa que suprimiera, verbigracia, una indebida desigualdad;

- c) adicionalmente, a fin de evitar que la superación o cancelación de la paradoja fuera un efecto deseable logrado a través de una vía indeseable por improcedente —e.g. la conversión del tribunal en un “legislador positivo”—, la sentencia que suprimiera el vicio legítimamente invocado sólo podría admitirse a través de una *sentencia interpretativa restrictiva* (v. gr., una que excluyera a los procuradores del ámbito subjetivo de aplicación del régimen de la Caja merced a la mención explícita de estos profesionales en el art. 5° de la ley 1181). Así podría refinarse la doctrina del tribunal como legislador negativo; esto es: por vía de pronunciamientos basados en una interpretación razonablemente restrictiva de la o las normas en cuestión, excluyendo ciertos supuestos de su órbita como *ultima ratio*, es decir, ante la imposibilidad de lograr un fin valioso por otros medios;
- d) en contraposición con la hipótesis prevista en el punto c), la paradoja no sería legítimamente superable si la vía disponible al tribunal para salvar, verbigracia, la indebida desigualdad, se instrumentara por medio de una *sentencia interpretativa ampliatoria*. Pretender que el tribunal subsane situaciones paradójicas por medio de una hermenéutica extensiva, al incorporar categorías o supuestos omitidos por el legislador, violaría el principio de división de poderes y atentaría contra el principio lógico-jurídico de clausura. Si hay una norma que prohíbe cierta conducta o, extendiendo el principio a otros casos, como el de la existencia de una norma que menciona determinadas conductas o sujetos de derecho con una finalidad específica (por ejemplo, el derecho a ser elegido asambleísta, director o síndico en la caja), la división de poderes y el principio de clausura impiden la reformulación de la norma a fin de tornarla más extensiva (se entiende que no estoy pensando en hipótesis de lagunas normativas, supuesto en que la solución podría o debería darse, según el caso, a través de la hermenéutica jurisdiccional). Por lo antedicho, coincido con mi colega, la señora jueza de trámite, allí donde advierte que “[l]os peticionantes no han considerado cómo abordar esta cuestión”, dado que el tribunal no podría avanzar tras una eventual declaración de inconstitucionalidad de las normas impugnadas, con sus consecuentes efectos abrogatorios, a fin de sustituirlas por las que considerara idóneas (consid. II.a de su meditado voto).

Tras este señalamiento, concluyo que:

- i) los actores interponen una acción de inconstitucionalidad que, de prosperar, y atento a los efectos previstos por el art. 113, inc. 2º, CCBA, frustraría el derecho que pretenden;
- ii) los actores, en su carácter de procuradores, no se encuentran comprendidos entre los destinatarios de las facultades electivas pasivas que fijan las tres normas que tachan de inconstitucionales;
- iii) su exclusión no es arbitraria: el legislativo ofreció fundamentos objetivos razonables para la exclusión de su “categoría” de la potestad o derecho que vengo comentando, en tanto la actora, sobre quien recae la carga de probar la hostilidad de la norma, no aportó ninguno; y
- iv) de prosperar su planteo, no podrían gozar del “beneficio a ser elegidos”, al que aspiran, ni de elegir (que ya les es reconocido), por su propio y deliberado cuestionamiento de las normas que lo establecen en favor de los abogados, las que perderían vigencia frente al éxito de la demanda.

9. La razonabilidad de las normas impugnadas, el análisis de los efectos de su eventual declaración de inconstitucionalidad y la autocontradicción que subyace a la pretensión de la actora no agotan el fundamento de mi voto. Así como es un requisito esencial del trámite preliminar de admisibilidad de la acción declarativa de inconstitucionalidad que quien la inicie precise con claridad cuáles son las normas de carácter general sobre las que solicita el control, y cuáles los preceptos y principios constitucionales con los que las primeras entran en colisión, del mismo modo resulta ineludible que explique de manera clara y pormenorizada *las razones* en las que sustenta la tacha de inconstitucionalidad.

En este sentido, debo decir que la demanda adolece de graves deficiencias argumentales y expresivas en lo que respecta a la formulación de su pretensión. El voto de la señora jueza Conde destaca acertadamente el alcance de estas inadmisibles falencias que, a través de la incursión en inconsistencias, la falta de fundamentos, la impropiedad y el descuido en la redacción, las desprolijidades recurrentes que llevan confusión sobre el fondo de la cuestión, la invocación de normas en sustento pretendido de su acción que, no obstante su trascendencia, no son fuente de derecho en el sistema jurídico argentino (conf. mi voto de admisibilidad, consid. cuarto), restan mínima seriedad a una acción como la intentada. Más de este valor se resta cuando la actora pretende una traslación o aplicación analógica perfecta entre *los derechos de los procuradores*, derechos alegadamente conculcados por los arts. 113, 124 y 139 de la ley 1181, y *los derechos políticos* que se

hallan en la base de la organización institucional del país: “Todo ciudadano de nuestro país tiene amparo constitucional, no solo (*sic*) para poder elegir a quien sera (*sic*) su representante sino a ser elegido por sus pares para representarlos. El sistema impuesto por la Constitución Nacional de 1853 y sus reformas, cuando establece en su art. 1º que ‘La Nación (*sic*) Argentina adopta para su gobierno la forma representativa, republicana y federal’, se halla groseramente violado al disponer la ley 1181 una desigualdad en el derecho a ser elegido” (fs. 27/27 vta.).

No es necesario abundar en la idea de que, a fin de dar curso a una acción de la magnitud y trascendencia que reviste la acción declarativa de inconstitucionalidad, es inaceptable que el actor se limite a invocar la supuesta afectación de garantías constitucionales, y admitir que *“la razón de la urgencia” en el planteo de la demanda guarda directa vinculación con la proximidad de las elecciones convocadas conforme a lo prescripto por la ley 1181* (fs. 26). Antes que exhibir tal motivación corporativa, el planteo formulado debe demostrar la vinculación argumental que un intérprete razonable hallaría entre las normas impugnadas y los derechos y garantías constitucionales presumiblemente lesionados por las primeras.

La presentación del Sr. Carro (por derecho propio) y del Colegio de Procuradores de la CABA, formulada a partir de una selección errática y discrecional tanto de derechos presuntamente afectados como de argumentos para conectar tales supuestos agravios con normas de jerarquía constitucional local, nacional y hasta supraestadual (parcialmente ajena a nuestro derecho en tanto fuente de éste) incumple, desde luego, el recaudo establecido en el párrafo anterior. Los graves defectos de razonamiento, argumentación y expresión que exhibe esta demanda, una vez concedida su admisibilidad formal a fin de permitir la apertura y sustanciación del debate, y con la expectativa de que desarrollos posteriores fortalecieran los aspectos de fundamentación en que se basó el escrito de inicio (expectativa frustrada desde todo punto de vista), son suficientes para desestimarla.

10. Deseo aclarar, sin embargo, que no considero irracional el hecho de que, para elecciones posteriores, la propia autoridad electoral competente lleve a cabo una interpretación extensiva de la palabra “abogado”, de modo de incluir en ella, en una ampliación específica de su referencia semántica —quizás: aplicación analógica—, a los otros miembros de CASSABA que no revisten el carácter de abogados. De este modo, ellos podrían ejercer derechos electorales pasivos en elecciones futuras, específicamente, el derecho a integrar una lista para desempeñar funciones en los órganos electivos de la Caja.

Al admitir esta competencia deseo asimismo compartir una aclaración tanto como una reflexión. En cuanto a lo primero, no pretendo ofrecer en el último punto de mi voto una “reformulación débil” de la solución de esta demanda, desarrollada en los consid. 1 a 9. Sólo pretendo poner en claro que no habría, a mi juicio, objeción constitucional ni de otro tipo si, autónomamente, y con un criterio razonablemente igualitario, las propias autoridades de la Caja autogestionaran elecciones futuras sobre la base de una interpretación como la que acabo de sugerir como admisible, dada la concordancia de ambas partes en el punto medular de la controversia. Esto último se vincula con la reflexión prometida: considero que la pauta que propongo aceptar, si se configurara la ocasión que la tornara digna de consideración, tiene el mérito de interpretar correctamente la voluntad de la otra parte involucrada en esta demanda. En efecto, y como expusiera en el consid. 5, *in fine*, de mi voto, la demandada concedió en su escrito de contestación que los artículos impugnados de la ley 1181 podrían ser interpretados más allá de su literalidad, de modo de entender que, toda vez que aquellos refieren a abogados, también se consideran comprendidos los procuradores (fs. 51). Desde luego, tal reflexión no afecta la decisión a la que he arribado en punto a la improcedencia de la demanda que nos ocupa, ni significa tampoco decidir hacia el futuro, sino, tan sólo, explicar mejor mi posición actual sobre el “caso” planteado.

Por lo expuesto, voto por rechazar la acción declarativa de inconstitucionalidad intentada.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

I. Al expedirme acerca de la admisibilidad de esta acción sostuve que la “simple lectura de la presentación efectuada a fs. 26/28 permite concluir que los actores persiguen un pronunciamiento respecto de su situación particular que debió haber sido planteado por vías procesales distintas a la intentada. En efecto, tanto la medida cautelar solicitada por los actores como las circunstancias en que se presenta la acción, dejan en claro que vienen a estos estrados para plantear un ‘caso’ que podría, eventualmente, ser sometido al control difuso de constitucionalidad. La insistencia respecto de la urgencia con que debe ser tramitado el proceso indica que su objetivo principal era la suspensión de las elecciones convocadas para el día 22 de abril, y no un pronunciamiento en abstracto sobre la constitucionalidad de la normativa impugnada.

La acción declarativa de inconstitucionalidad (art. 113, inc. 2º, CCBA), de competencia originaria y exclusiva del tribunal, tiene por único objeto impugnar la validez constitucional de una norma de carácter general emanada de las autoridades locales y provoca, si se acoge la pre-

tensión, la pérdida de vigencia de la norma cuestionada. El control abstracto de inconstitucionalidad no está destinado a obtener un pronunciamiento judicial respecto de situaciones jurídicas particularizadas (conf. ‘Massalin Particulares S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad’, expte. n° 31/99, resolución del 5/5/1999, en *CyJ, Fallos TSJBA*, t. I, 1999, pp. 56 y ss.)”. En virtud de tales argumentos voté en dicha oportunidad por la inadmisibilidad de la demanda interpuesta.

2. El trámite del proceso, las postergaciones de la audiencia del art. 8° de la ley 402 solicitadas por la actora con la adhesión del Gobierno y de la Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; y finalmente, los argumentos que se reiteraron en la audiencia celebrada el día 16/2/2005 ratifican mi convicción de que se trata de una demanda con fines particulares —el reconocimiento del derecho de los procuradores a ser electos y no meramente electores de la CASSABA— improponible por la vía de la acción declarativa de inconstitucionalidad.

Así lo voto.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

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

Por lo demás, frente al cuestionamiento de una norma de alcance general de cara a la regla de la igualdad, ya he descartado la posibilidad de que este estrado, por vía de la acción declarativa de inconstitucionalidad del art. 113 inc. 2° de la CCBA, pueda erigirse en legislador positivo facultado para dictar una sentencia con la finalidad de lograr la igualdad en la ley por medio de la ampliación del régimen que se objeta. Por otro lado, como lo sostiene en el punto 7 de su voto el juez doctor Julio B. J. Maier, la pérdida de vigencia de las normas que se reprochan en este proceso no permitiría a los procuradores de la Ciudad contar con la posibilidad tanto de elegir como de ser elegidos a la hora de integrar la Asamblea, el Directorio y la Sindicatura de la Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires [conf. mi voto in re “Barga, Lisandro Arturo c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 866/01, sentencia del 26/12/2001, en *CyJ, Fallos TSJBA*, III-2001, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 835 y ss., y en “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 2490/03, sentencia del 9/6/2004].

Por las consideraciones expuestas, corresponde rechazar la acción declarativa de inconstitucionalidad intentada.

Así lo voto.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Rechazar* la demanda de inconstitucionalidad planteada. Costas por su orden.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y oportunamente se archive.

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

XXXVIII

“ACOSTA, FÉLIX EDUARDO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘ACOSTA, FÉLIX EDUARDO C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)’”

RECURSO DE QUEJA: Inadmisibilidad. Fundamentación. Autosuficiencia. Indemnización por retiro voluntario. Fondo de estímulo. Liquidación. Normas infraconstitucionales. Cuestiones de hecho y de prueba. Arbitrariedad de sentencia. Principio de congruencia. Homologación de acuerdo. *Iter contractual*. Principios del Derecho del Trabajo. Retribución justa. Rubros remunerativos

Expte. n° 3639/04 - 18/5/2005

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Félix Eduardo Acosta interpuso una demanda de amparo contra el Gobierno de la Ciudad para que no se le efectuasen “descuentos superiores a los fijados en las normas que rigen la inembargabilidad de las remuneraciones” (fs. 4 del expediente principal, fs. 2 vta. de la queja). El actor fundó la demanda en el dec. ley 6754/43, ratificado por ley 13.894.

La jueza de primera instancia hizo lugar a la demanda disponiendo que el Gobierno “deberá liquidar los haberes del actor de conformidad con las pautas establecidas por los arts. 9º y 11 del dec. 1916 actualmente vigente” (fs. 190 vta., del expediente principal) —en referencia al dec. 1916/2003 del Poder Ejecutivo local—. Para así decidir, tuvo en cuenta que el dec. 1916/03 del Poder Ejecutivo local reconoció la intangibilidad del salario del trabajador y estableció el límite máximo de deducciones (30 % del haber mensual, descontadas las retenciones impuestas por las normas vigentes) que pueden efectuarse, a fin de evitar que el agente sea privado de un haber mínimo que le permita hacer frente a sus necesidades básicas.

2. La sentencia fue apelada por ambas partes.

El actor sostuvo que la sentencia apelada, al permitir un descuento del 30 % de su remuneración neta, contradice las normas vigentes aplicables para la resolución de la causa, esto es, el dec. ley 6754/43, ratificado por la ley 13.894. Agregó que aquellos artículos del dec. 1916/03 que se opongan a lo dispuesto por el dec. ley 6754/43 deben ser declarados inconstitucionales (fs. 192/196 del expediente principal).

El Gobierno de la Ciudad se agravió porque la sentencia no determina cuál es la conducta que deberá seguir y por lo tanto resulta arbitraria (fs. 198/201 del expediente principal).

La Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario confirmó el pronunciamiento de primera instancia (fs. 220/221 vta. del expediente principal).

3. El actor planteó, entonces, recurso de inconstitucionalidad (fs. 224/235 vta. del expediente principal), que no fue concedido por la alzada (fs. 245 y vta. del expediente principal).

4. Ante la denegatoria, el Sr. Acosta, con el patrocinio letrado del señor defensor general Víctor E. Hortel, dedujo el recurso de queja que obra a fs. 2/14 de este expediente.

5. El señor fiscal general adjunto, al emitir su dictamen de fs. 20/23, propuso rechazar la queja.

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. El recurso de queja interpuesto cumple con los requisitos extrínsecos, de tiempo y forma, exigidos ritualmente (art. 33, ley 402). No muestra en cambio, que lo agravios sean de la especie requerida por el art. 113, inc. 3º.

2. En efecto, la Cámara sostiene que “...es claro que el caso, como se adelantó, no se encuentra regulado por la citada norma (decreto nacional 6754/43), sino por el dec.125/99 con los alcances que se han reseñado” (fs. 221 del expediente principal). Ello supondría, al menos, desechar, por implicancias necesarias, la hipotética interferencia entre ambas normas. No se expidió, entonces, sobre la supuesta inconstitucionalidad de la normativa local, de lo que cabe inferir que la alzada estimó que tal cuestionamiento, que hoy trae la recurrente, no le fue propuesto de un modo adecuado.

A su vez, el recurrente no demuestra que el criterio de la Cámara sea insostenible, esto es, que puesta en el deber de pronunciarse por haberle sido propuesto y mantenido con todos los recaudos que pudo exigir, el *a quo* haya omitido tratar la cuestión con base en su exclusivo arbitrio.

Cabe agregar que la primer oportunidad en que el actor pudo plantear la mentada inconstitucionalidad de las disposiciones locales sobre descuentos de haberes por obligaciones convencionales fue al contestar la apelación de la medida cautelar de la parte demandada. En dicha oportunidad, el actor buscó apoyo a su pretensión en las reglas locales cuya inconstitucionalidad, por lo mismo, no cuestionó. Sobre el punto, este Tribunal ha expresado anteriormente 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” (*in re* “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. n° 1286/01, sentencia del 20/2/2002).

3. En otro orden de ideas, el apelante no cumple mínimamente la carga de fundar su planteo. En efecto, no indica que la materia en cuestión sea una de las exclusivas del gobierno federal ni que, en caso de ser una facultad concurrente haya una colisión entre la regulación local y la nacional que deba ser resuelta a favor de lo dispuesto por el gobierno federal. Esto último porque no rebate la interpretación que la Cámara hace de la norma nacional.

Por lo expuesto, en lo relativo a este agravio, el recurso no cumple con la exigencia de fundamentación adecuada ni muestra que la cuestión planteada haya sido introducida y mantenida en debido tiempo y forma como para evitar que este Tribunal termine convirtiéndose en la instancia originaria que decida la cuestión.

4. También plantea en el recurso de inconstitucionalidad que la sentencia le “impide disponer de la totalidad de mi (su) salario” y que al revocar la autorización dada para los descuentos hace “un uso legítimo del derecho de propiedad sobre mis (sus) ingresos”. Ahora bien, esta cuestión no involucra directamente la garantía de la propiedad pues el recurrente no niega la legitimidad de los créditos a cuyo pago fueron aplicados los fondos retenidos (o descontados), ni tal eventual cuestionamiento habría podido tramitar en un juicio sin la citación de los acreedores. La sentencia tampoco interpreta ni aplica el art. 17 de la C.N., ni juzga la validez de alguna otra norma de cara a ese precepto —y tampoco ello fue propuesto por las partes a decisión del juzgador.

A este respecto, cabe recordar que el tribunal ha dicho reiteradamente que “si bastara la simple invocación de un derecho o garantía de raigambre constitucional, el tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad..”. (conf. *CyJ, Fallos TSJBA*, I-1999, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 282 y ss., en: ‘Federación Argentina de Box c/GCBA s/acción de inconstitucionalidad’, expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas)”

5. Por último, y más allá de todas las cuestiones consideradas en los puntos anteriores, el recurso de inconstitucionalidad no rebate el argumento central en el que se sustenta la sentencia de la Cámara. Aunque en su escrito el recurrente cita copiosa jurisprudencia referida a la inembargabilidad de las remuneraciones de los empleados públicos no se hace cargo de refutar aquello que el pronunciamiento apelado claramente señaló, a saber: que “la cuestión debatida en el *sub examine* no se refiere en forma sustancial a ‘embargos’ ni tampoco a ‘garantías’ extendidas a favor de los distintos acreedores del actor” y que “no se trata en el caso de reconocer el límite legal de garantías otorgadas —cuestión que tornaría aplicable el dec. 6754/43— sino de evitar deducciones que superen dicho límite”. En consecuencia, la Sala II consideró que el caso no se encuentra regulado por la norma nacional sino por el dec. 1916/03 y las pocas líneas dedicadas por el recurrente a esa cuestión (fs. 233 vta., punto IV.1.2) aunque señalan su desacuerdo con las consecuencias del fallo impugnado, no demuestran la irrazonabilidad o ilogicidad de la decisión judicial, más allá de la dudosa aplicabilidad al empleo público local de la norma nacional.

6. Por lo precedentemente expuesto el recurso de inconstitucionalidad ha sido bien denegado.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por el señor Félix Acosta a fs. 2/14 fue deducido en tiempo (art. 33, ley 402). Sin embargo, él no puede ser admitido.

El escrito no contiene una impugnación autónoma, autosuficiente y fundada de la resolución de fs. 245 (expediente principal). De modo que la quejosa no satisface la carga procesal consistente en realizar una crítica concreta y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. el Tribunal *in re* “Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 865, resolución del 9/4/2001), ni rebate argumentativamente los fundamentos por los cuales la Cámara resolvió no concederlo; omisión que obsta a su procedencia puesto que, de este modo, la presentación resulta privada del fundamento mínimo tendiente a demostrarla (*Fallos*, 290:391; 293:166; 302:502; 304:332; 307:723; 308:2263; 311:2338).

La omisión señalada basta para rechazar la queja intentada.

2. Por otro parte, y acertadamente lo señala el señor fiscal general en su dictamen (fs. 27/30 del expediente de queja), la queja reitera los defectos que ya contenía el recurso de inconstitucionalidad (fs. 153/159 del expediente principal y 2/22 del expediente de queja), pues si bien proclama en forma genérica la afectación de un derecho de raigambre constitucional —el derecho de propiedad, tutelado por los arts. 14 y 17, C.N., y 10 y 12, inc. 5°, CCBA— no logra establecer la adecuada correspondencia entre el derecho cuya afectación invoca y el contenido de la sentencia recurrida. Es decir, no logra exponer con éxito un caso constitucional.

Esta apreciación general exige, para fundamentar la decisión, de precisiones concretas. En el caso, puede observarse en los escritos mediante los cuales son interpuestos los recursos de inconstitucionalidad y de queja, el recurrente solamente formuló reproches genéricos a la sentencia recurrida, y se limitó a mencionar disposiciones constitucionales (arts. 14 y 17, C.N.). En consecuencia los supuestos agravios que invoca no alcanzan a presentar un caso constitucional por falta de argumentos suficientes (conf. este Tribunal *in re* “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Fullone, Mirta Susana c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 3101/04, resolución del 17/11/2004 y sus citas, mi voto, consids. 1 y 2; “Novik, Jorgelina Carla y Wlodkowsky, Irene c/GCBA s/amparo”, expte. n° 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. n° 1309/01, resolución del 6/3/2002 y sus citas).

Es más, la decisión judicial de no aplicar el dec. nac. 6754/43 (norma infraconstitucional) no define, como parece creerlo Acosta, la existencia de una cuestión constitucional. Debe recordarse que la Cámara descar-

tó su aplicación al caso concreto por entender que la situación fáctica planteada por el actor está regulada por el dec. local 1916/03, ya que ésta versa sobre el límite máximo legal admitido para efectuar descuentos por débitos automáticos voluntariamente convenidos por el empleado.

3. Por las razones señaladas, voto por rechazar la queja interpuesta.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Es correcto afirmar, como lo hace la Cámara, que, fundada toda la articulación del recurrente en el art. 17 de la C.N. (derecho de propiedad), el recurso fracasa en su procedencia porque se trata de una mera referencia a un instituto constitucional sin vinculación directa con el caso. En efecto, el derecho de propiedad no se vincula para nada con la posibilidad del agente de gravar su salario voluntariamente. Antes bien, las leyes protectoras de la integridad del salario se vinculan con una disminución del derecho de propiedad del agente o trabajador, en tanto él, conforme a la limitación de la ley, encuentra limitada su posibilidad de disponer de aquello que es o será (expectativa) su “propiedad”. En tal sentido, tanto la reglamentación nacional (40 % — decreto citado *infra*), como la norma local (30 %, citada *infra*) conceden más —autonomía— al agente que la norma nacional general (decreto ley y ratificación legislativas citadas *infra*).

2. Pero también es correcto leer el recurso algo más allá para observar que el recurrente acude argumentalmente a la supremacía constitucional (art. 31, C.N.) para, de manera algo confusa, intentar que rija el caso la ley nacional (dec. ley 6.754/43, ratificado por ley 13.894), que según él lo favorecería, antes que la norma local (dec. 125/99, no vigente, reemplazado por el dec. 1916/03, vigente actualmente), que según él lo perjudicaría.

La contradicción entre ambas normas resulta de que el decreto local permite deducciones de hasta el 30 % del salario, mientras que la ley nacional las permite, de acuerdo con el entendimiento de la parte actora, hasta el 20 %. Por lo demás, esta contradicción no parece del todo exacta, pues se desenvuelve a la manera de círculos secantes, en el sentido de que la ley nacional se refiere a “obligaciones emergentes de préstamos en dinero o de compra de mercadería... en la proporción y condiciones del presente decreto”, mientras que la ley local considera afectaciones “por obligaciones dinerarias de carácter convencional”.

Conviene decir, desde ya, que ambas regulaciones se refieren al empleo público: sueldos y salarios de la Administración nacional o local.

Con cierta benevolencia, creo que el actor planteó un caso constitucional puesto que —algo confusamente, afirmó que la regulación nacional era federal y primaba sobre la regulación local, ambas antes anticipadas en su contenido. En tal sentido, estoy dispuesto a abrirle el recurso.

3. Empero, en cambio, no estoy dispuesto a abrirle el recurso por lo que él mismo denomina “arbitrariedad de la Cámara” tanto en la sentencia, como en la crítica de la decisión por la cual la Cámara le rechaza el recurso de inconstitucionalidad (queja). No quiero repetir ahora los fundamentos propios y del tribunal acerca de la *arbitrariedad* como motivo del recurso de inconstitucionalidad, que pueden leerse en las sentencias que cito a continuación (conf. el tribunal *in re* “Federación Argentina de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas en *CyJ, Fallos TSJBA*, I-1999, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 282 y ss.; expte. n° 726/00, “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo”, sentencia del 24/5/2001, *CyJ, Fallos TSJBA*, III-2001, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 240 y ss.; expte. n° 912, “Caballero, Jorge Alberto y otros s/art. 71, Cód. Contrav. —causa 555-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, sentencia del 5/12/01, *CyJ, Fallos TSJBA*, III-2001, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 749 y ss.), sino tan sólo advertir que una discrepancia en torno a la ley aplicable o una discrepancia argumental no constituye arbitrariedad alguna, y reafirmar que la competencia recursiva del TSJ no lo convierte en una tercera instancia ni sobre los hechos, ni sobre el derecho aplicable (conf. *CyJ, Fallos TSJBA*, II-2000, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 20 y ss., en: “Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja”, expte. n° 131/99, resolución del 23/2/2000; más próximo al momento actual: expte n° 1898/02, “‘Droguería Americana c/GCBA [resol. 7346-DGR/91] s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR’ s/recurso de apelación ordinario”, sentencia del 17/11/2003, aún sin publicar).

4. Planteada así la cuestión básica, no tiene, a mi juicio, razón el recurrente. Si la ley nacional se hubiera propuesto fijar un principio de seguridad individual referido al derecho laboral y el recurrente hubiera utilizado, en ese caso, los arts. 14 bis de la C.N. y 43 de la CCBA, entonces habría sido factible, por recurso a tales normas, el planteo de supremacía que él propone, como reglamentación legal directa por el Congreso de la Nación de la Constitución, a pesar de que —valga la precisión— resulta dudoso que la reglamentación del trabajo (art. 75, inc. 12, C.N.) por la ley se considere de carácter federal, tal que legitime la supremacía invocada. Para ello, debería remitirse directamente dicha reglamentación a la cláusula del art. 14 bis de la C.N.

Pero éste no es aquí el caso en disputa, pues tanto la ley nacional citada como la norma local vigente se refieren directamente a la administración pública, al empleo público, esto es, como se dijo, a los sueldos y

salarios de los empleados y obreros de la Administración. Y resulta conocido que las reglamentaciones del empleo público son, en principio, de carácter local. No obsta a ello el hecho de que la ley 13.894, ratificatoria del dec. ley 6754/43, pretenda aplicación local puesto que, en el sentido del derecho de propiedad que el recurrente ha puesto en movimiento, la norma local le concede mayor autonomía a su voluntad que la ley nacional, esto es, dicho eufemísticamente, “le concede mayor propiedad”. Es conocido que las leyes —nacionales o locales— pueden conceder mayores —nunca menores— ventajas que las concedidas por la misma Constitución.

A tal punto ello es así, que *la nueva reglamentación de la ley* por el Poder Ejecutivo Nacional para sus agentes (art. 3º, dec. nac. 691/00,) pudo, confesadamente, superar el límite de la misma ley (40 % en el decreto nacional y 20 % en la norma legal) para concederle a los agentes del Poder Ejecutivo nacional una posibilidad de disposición superior sobre su salario. Ello indica que también la regla local pudo superar el límite establecido por la ley nacional, sin mengua —sino con ganancia— para el derecho de propiedad que pone en acto el recurrente.

5. Por lo tanto, aunque por otras razones, coincido con la sentencia recurrida en el sentido de la validez constitucional de la norma local y creo que, a pesar de que la queja triunfe y se deba abrir el recurso por inconstitucionalidad, el recurso en sí debe ser rechazado, solución que confirma la sentencia ya dictada.

6. Conforme al art. 14 de la CCBA, las costas deberán correr por el orden causado.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Adhiero a la solución contenida en el voto mi colega, el doctor Luis F. Lozano, con las siguientes puntualizaciones:

a) El agravio referido a la alegada inconstitucionalidad de las normas locales (decs. 125/99 y 1916/03) utilizadas por los jueces de la causa para resolver la cuestión debatida fue formulado a partir de una supuesta oposición de dichas reglas con disposiciones de carácter nacional (contenidas en el dec. 6754/43) que serían, en concepto de la quejosa, aplicables en la especie. De esta manera, según la recurrente, se encontraría violentado el art. 31 de la C.N.

La Cámara sostuvo en su sentencia que “los decretos nacionales que (la actora) invoca no poseen el alcance que pretende acordarles. En efecto, el dec. 6754/43 establece, en lo pertinente, la inembargabilidad de los sueldos, salarios, pensiones y jubilaciones de los empleados de la admi-

nistración municipal por obligaciones emergentes de préstamos de dinero, disponiendo en su art. 2º que los empleados referidos podrán ‘garantizar’ tales obligaciones afectando a su cumplimiento hasta el 20 % de su remuneración nominal mensual.//Sin embargo la cuestión debatida en el *sub examine* no se refiere en forma sustancial a ‘embargos’ ni tampoco a ‘garantías’ extendidas a favor de los distintos acreedores de la actora.//Es decir, no se trata en el caso de reconocer el límite legal de garantías otorgadas —cuestión que tornaría aplicable el dec. 6754/43— sino de evitar deducciones que superen dicho límite. Ello sentado, es claro que el caso, como se adelantó, no se encuentra regulado por la citada norma, sino por el dec. 125/99 con los alcances que se han reseñado” (fs. 221).

Así, la alzada concluyó que el alcance que la actora pretende darle al decreto nacional resulta inaceptable y, por lo tanto, la controversia no se resuelve mediante su aplicación.

A partir de este encuadre, los agravios contenidos en el recurso de inconstitucionalidad y luego en la queja, en mi opinión, no se hacen cargo en forma clara y suficiente del contenido de la sentencia atacada. En sus escritos recursivos la actora discurre extensamente acerca de la supuesta aplicabilidad de la norma nacional al caso, mas en ningún momento aborda de manera adecuada los concretos desarrollos que la sentencia atacada contiene en este punto para descartar su pretensión. Por lo demás, la propia recurrente invocó regulaciones del dec. 125/99 para demostrar la razón de sus dichos al momento de contestar la apelación del GCBA deducida contra la decisión cautelar dictada por la jueza de grado (fs. 45/47).

Por consiguiente, en este punto, el recurso de inconstitucionalidad fue correctamente rechazado por la Cámara, ya que no se ha demostrado la existencia de un derecho, principio o garantía constitucional lesionados, ni se ha realizado una crítica desarrollada y fundada sobre la invalidez de las disposiciones aplicadas en el caso, según reglas constitucionales (conf. este Tribunal, *in re* “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: De Feudis, Antonio Roberto c/Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCBA)”, expte. n° 1084/01, sentencia del 13/9/2001, en *CyJ, Fallos TSJBA*, III-2001, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 503 y ss., y “Fariña, Juan Jorge c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo s/recurso de queja”, expte. n° 566/00, sentencia del 21/11/2000, en *CyJ, Fallos TSJBA*, II-2000, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 412 y ss.).

b) En cuanto a los restantes agravios que la actora propone en su recurso, vinculados a la supuesta afectación de su derecho de propiedad,

hago más los desarrollos contenidos en el punto 4 del voto del doctor Luis F. Lozano y a ellos me remito en homenaje a la brevedad.

Por las consideraciones expuestas, corresponde rechazar la presente queja.

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El accionante, en sus recursos de inconstitucionalidad y queja, plantea dos agravios contra la sentencia de Cámara:

- a) Violación al principio de supremacía del ordenamiento jurídico federal (art. 31, C.N.), ya que el régimen local considerado aplicable por el *a quo* (decs. 125/99 y 1916/03, Ciudad de Buenos Aires), es inconstitucional toda vez que se opone a normas jurídicas de carácter federal (dec. nac. 6754/43, ratificado por ley 13.894), emanadas del Gobierno nacional en uso de la exclusiva facultad de dictar la legislación común (art. 75, inc. 12, C.N.), más precisamente la regulación de las relaciones entre acreedores y deudores, propia del derecho civil y comercial —y no del derecho público local.
- b) Violación del derecho a la propiedad (art. 17, C.N.), ya que no resulta ajustado a derecho avalar descuentos en los haberes del actor en contra de la voluntad expresa del empleado público, fundándose en la existencia de convenios autorizatorios de dichas retenciones y la imposibilidad de revocar dicha autorización con posterioridad, ya que ello implicaría destruir el sistema de protección del salario del empleado público, cuestión de orden público.

2. a) En cuanto al *primer agravio* invocado, cabe recordar que uno de los requisitos formales del recurso de inconstitucionalidad es el planteo oportuno de la cuestión de constitucionalidad, y el mantenimiento de la misma durante todo el proceso.

Sin embargo, esta exigencia no se ha cumplido en el caso, ya que el planteo de inconstitucionalidad del régimen local aplicable al caso constituye una reflexión tardía. Y asimismo, el recurrente ha evidenciado una conducta procesal contradictoria y oportunista.

En efecto, al contestar el traslado de la apelación deducida por el CGBA contra la resolución que decretó la medida cautelar solicitada por el actor (fs. 45/47 de los autos principales), éste sostuvo expresamente que el dec. local 125/99 era la norma aplicable al caso. No solo citó distintos artículos de dicho decreto, sino que dijo textualmente que “los descuentos a favor de

Vida Activa Mutual, AMTAE, Asociación para la salud pública, Mutual Hospital Garrahan (...) por préstamos recibidos, que figuran en mi recibo de haberes, son efectuados por el Sistema de Código de Débito regulado en el dec. 125/99 (...) Por otra parte, el art. 4° del dec. 125/99 dispone que ‘Determinase como máximo afectable, el 30 % del salario neto del empleado adherido al régimen’. En consecuencia, los descuentos a dichas entidades no podían superar ese límite (...) Es ostensible, por lo que surge del recibo acompañado, que no se cumplió con lo previsto en el art. 4° del dec. 125/99 y es por ello que la medida cautelar fue correctamente admitida...”.

Dichas palabras muestran con suma claridad no sólo que la actora no planteó oportunamente la presente cuestión constitucional, sino que —por el contrario— en un primer momento expresamente consideró aplicable al caso el régimen previsto en las normas locales, que luego, al fundar el recurso de apelación deducido contra la sentencia definitiva de primera instancia (fs. 192/196 de los autos principales), calificó por primera vez como inconstitucionales.

La inoportunidad e incoherencia patente de esta actitud procesal permite concluir que la inconstitucionalidad del régimen local considerado aplicable al caso por el *a quo*, no ha sido correctamente planteada por la parte, lo que conduce a rechazar este planteo por defectos formales

3. En cuanto al *segundo agravio*, no configura el caso constitucional exigido por el art. 27 de la ley 402, toda vez que constituye una mención genérica de una cláusula constitucional —derecho a la propiedad contenido en el art. 17, C.N.— sin expresar con detenimiento y acierto de qué manera ha sido vulnerada en el caso concreto.

- a) El recurrente en ningún momento desconoció las deudas dinerarias voluntariamente contraídas por él. Por el contrario, tácitamente reconoció su existencia, al producir prueba informativa al respecto dirigida a las distintas instituciones que le realizaron préstamos de dinero, quienes al contestar los oficios diligenciados confirmaron dichos préstamos (fs. 127/137, 139, 12/145, 146, 150/152, 164, 182 de los autos principales), sin que ello mereciera ninguna impugnación por parte del recurrente.
- b) Por otra parte, el recurrente afirma que no resulta ajustado a derecho avalar descuentos en los haberes del actor en contra de su voluntad expresa.

El dec. local 1916/03 establece, en su art. 5°, que los empleados públicos locales podrán interrumpir el débito oportunamente convenido, mediante comunicación fehaciente a la entidad, fundación o asociación correspondiente y al Banco Ciudad de Buenos Aires.

Sin embargo, de las constancias de autos no surge que el accionante haya cursado la comunicación respectiva a las entidades pertinentes, ya

que dicho extremo no fue objeto de prueba. Por lo tanto, este Tribunal no pueden expedirse sobre una situación hipotética, un presunto incumplimiento que no está demostrado.

4. Por todo lo expuesto, propicio rechazar la queja planteada.

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

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja interpuesta por el Sr. Félix Eduardo Acosta a fs. 2/14.

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

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

XXXIX

“FERREYRA, HERNÁN S/QUEJA POR RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN:
‘FERREYRA, HERNÁN C/BANCO CIUDAD DE BUENOS AIRES
Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCBA)’”

RECURSO DE QUEJA: Inadmisibilidad. Fundamentación.
Autosuficiencia. Caso constitucional. Invocación genérica de garantías
constitucionales. Caja de ahorro. Descuentos por débito automático.
Circulares del Banco Central de la República Argentina. Interpretación
de normas infraconstitucionales. Cuestiones de hecho y de prueba

Expte. nº 3669/04 - 26/5/2005

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Hernán Ferreyra, con el patrocinio letrado del señor defensor general Víctor E. Hortel, dedujo recurso de queja (fs. 2/22) contra la

denegatoria, decidida por la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario, del recurso de inconstitucionalidad (fs. 168, expediente principal), oportunamente interpuesto por la ahora quejosa ante esa Sala (fs. 153/159, del expediente principal).

El recurso de inconstitucionalidad en cuestión se dirigió contra la decisión de fs. 147/150 (conf. expediente principal) que hizo lugar parcialmente al recurso de apelación del Banco Ciudad obrante a fs. 121/123 (conf. expediente principal) y, en consecuencia, revocó la sentencia dictada por la jueza de primera instancia (fs. 113/117 del expediente principal) en cuanto admitió la pretensión dirigida a revertir débitos automáticos anteriores al día 20/10/2003.

2. El ahora recurrente había promovido acción de amparo contra el Banco de la Ciudad de Buenos Aires (fs. 1/20 del expediente principal) a fin de que éste cesara de efectuar descuentos por débitos automáticos en la cuenta de caja de ahorro de la cual el actor es titular en dicha institución; dichos débitos se orientaban a cumplir con el pago de las cuotas devengadas para la cancelación de préstamos que, según el relato del propio demandante, éste había acordado con una serie de “entidades”, sin mayor especificación en cuanto a su número o filiación. La segunda pretensión del demandante era lograr la reversión de los débitos automáticos (directos abiertos) efectuados a partir de los treinta días corridos anteriores al 20/10/2003, fecha en la cual el amparista había concretado la presentación de una nota en la entidad bancaria a esos efectos.

Por su parte, la jueza de primera instancia decidió admitir la acción de amparo y ordenar al Banco Ciudad tanto que se abstenga de realizar débitos automáticos en la cuenta del actor como de revertir los débitos efectuados a partir del 20/10/2003 (conf. fs. 113/117 del expediente principal).

3. El señor fiscal general, al emitir su dictamen de fs. 27/30, coincidió con la decisión de la Cámara y, en consecuencia, propuso rechazar la queja interpuesta por Hernán Ferreyra.

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por el señor Hernán Ferreyra a fs. 2/22 fue deducido en tiempo (art. 33, ley 402). Sin embargo, no puede ser admitido.

2. El escrito del recurrente no efectúa una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad

(conf. el tribunal *in re* “Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 865, resolución del 9/4/2001), ni rebata argumentativamente los fundamentos por los cuales la Cámara resolvió no concederlo; omisión que obsta a su procedencia puesto que, de este modo, la presentación resulta privada del fundamento mínimo tendiente a demostrarla (*Fallos*, 290:391; 293:166; 302:502; 304:332; 307:723; 308:2263; 311:2338).

Lo expuesto basta para rechazar el recurso de queja.

3. Por otra parte, la queja padece de un defecto genérico: no logra conectar el agravio concreto que —afirma— le provoca la sentencia de Cámara, con un motivo de impugnación de carácter constitucional —tal como acertadamente lo señala el señor fiscal general en su dictamen obrante a fs. 27/30 del expediente de queja—; esto es, con la aplicación de una norma que lesione una garantía constitucional referida directamente al caso (conf. este Tribunal *in re* “Góngora Martínez, Omar Jorge s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Góngora Martínez, Omar Jorge c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo [art. 14, CCBA]’”, expte. n° 3264/04, resolución del 23/2/2005). Por ende, no se ha logrado exponer fundadamente un caso constitucional, conforme lo establece el art. 27 de la ley 402, más allá de efectuar alusiones a la violación del derecho de propiedad.

Esta apreciación general exige, para fundamentar la decisión, de precisiones concretas. En el caso, puede observarse en los escritos mediante los cuales son interpuestos los recursos de inconstitucionalidad y de queja que, no obstante enunciarse en abstracto la afectación al derecho de propiedad del quejoso —fs. 153/159 del expediente principal y 2/22 del expediente de queja—, no se cumple con la exigencia del art. 27, ley 402. El recurrente solamente formuló reproches genéricos a la sentencia recurrida, así como incurrió en la mera mención de disposiciones constitucionales (los arts. 14 y 17, C.N.), sin conectar esos reproches con las supuestas violaciones constitucionales que menciona (conf. este Tribunal, *in re* “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en ‘Fullone, Mirta Susana c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 3101/04, resolución del 17/11/2004 y sus citas, mi voto, consids. 1 y 2; “Novik, Jorgelina Carla y Wlodkowsky, Irene c/GCBA s/amparo”, expte. n° 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. n° 1309/01, resolución del 6/3/2002 y sus citas).

4. En consecuencia, voto por el rechazo de la presente queja.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

I. El caso aquí planteado es sustancialmente análogo al decidido por el TSJ *in re* “Góngora Martínez, Omar Jorge s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Góngora Martínez, Omar Jorge c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 3264/04, resolución del 23/2/2005 (de hecho, este antecedente resulta múltiplemente citado en el *sub examine*, v. gr. fs. 137/137 vta., 144 y 147 del expediente principal y 10 vta. del expediente de la queja).

Como en aquel caso, el recurso de queja interpuesto cumple con los requisitos extrínsecos, de tiempo y forma exigidos ritualmente (art. 33, ley 402). Sin embargo, él no puede tener acogida favorable.

En efecto, el recurso de queja directo deducido por el Sr. Hernán Ferreyra padece de un defecto genérico: no logra conectar el agravio concreto que —afirma— le provoca la sentencia de Cámara, con un motivo de impugnación de carácter constitucional, esto es, con la aplicación de una norma que lesione una garantía constitucional referida directamente al caso.

Esta apreciación general exige, para fundamentar la decisión, de precisiones concretas. En el caso, puede observarse en los escritos mediante los cuales son interpuestos los recursos de inconstitucionalidad y de queja que, no obstante enunciarse en abstracto la afectación al derecho de propiedad de la quejosa —fs. 18 vta., 135 vta./136 y 157 vta./158 del expediente principal y 15 vta./16 vta. del expediente de queja—, ésta no logra exponer fundamentadamente un caso constitucional, conforme lo establece el art. 27, ley 402. La recurrente solamente formuló reproches genéricos a la sentencia recurrida, así como incurrió en la mera mención de disposiciones constitucionales (arts. 14 y 17, C.N.), sin conectar esos reproches con las menciones que realiza, de manera de establecer una verdadera causa constitucional (conf. este Tribunal *in re* “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Fullone, Mirta Susana c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA]’”, expte. n° 3101/04, resolución del 17/11/2004 y sus citas, mi voto, consids. 1 y 2; “Novik, Jorgelina Carla y Wlodkowsky, Irene c/GCBA s/amparo”, expte. n° 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. n° 1309/01, resolución del 6/3/2002 y sus citas).

De este modo, la queja reitera los defectos que ya contenía el recurso de inconstitucionalidad, pues si bien proclama en forma genérica la afectación de un derecho de raigambre constitucional —el derecho de propiedad, tutelado por los arts. 14 y 17, C.N., y 10 y 12, inc. 5°, CCBA—, no logra establecer la adecuada correspondencia entre el derecho cuya afectación invoca y el contenido de la sentencia recurrida.

Asimismo, el recurso no contiene una crítica desarrollada y fundada del auto denegatorio, omisión que obsta a su procedencia puesto que, de este modo, la presentación resulta privada del fundamento mínimo tendiente a demostrarla (*Fallos*, 290:391; 293:166; 302:502; 304:332; 307:723; 308:2263; 311:2338). En el mejor de los casos para la recurrente, la queja se sustenta exclusivamente en su mera discrepancia con la solución dada por el tribunal *a quo*, lo que no comporta suficiente fundamento para conceder el recurso intentado.

Por último, señalo que el recurso de inconstitucionalidad fue correctamente denegado por la Cámara. Como sostuvo este Tribunal, voto de las señoras juezas Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde, el señor juez Guillermo A. Muñoz y mío propio *in re* “Estudio Becar Varela c/GCBA (Dirección General de Rentas y Empadronamiento Inmobiliario) s/cobro de pesos s/recurso de inconstitucionalidad concedido y recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, exptes. n° 1644/02 y n° 1639/02 (por cuerda), consid. 2: “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, el tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad (...) Cabe destacar, por fin, que la circunstancia de que el recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que la sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria (conf. *CyJ, Fallos TSJBA*, I-1999, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 282 y ss., en: ‘Federación Argentina de Box c/GCBA s/acción de inconstitucionalidad’”, expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas)”.

Las demás disposiciones puestas en juego para fundar la sentencia (derecho civil, derecho bancario, en sus múltiples formas) constituyen todas interpretación de reglas infraconstitucionales, tarea no comprendida por el recurso interpuesto ni constitutiva de la competencia del tribunal, mientras su validez no sea cuestionada por razones constitucionales, más allá del acierto o desacierto de su interpretación según puntos de vista de los diversos intérpretes. El recurso de inconstitucionalidad no erige al tribunal en una tercera instancia sobre hechos ni sobre derecho común.

Lo expuesto basta para rechazar el recurso de queja con relación al motivo intentado.

2. Además, como atinadamente lo advierte el señor fiscal en el punto III de su dictamen, el escrito de interposición de la queja exhibe un defecto sustancial que inhibe la intervención del TSJ. En efecto, el agravio relativo a la presunta irrazonabilidad de la sentencia de la Sala II de la CCAyT —basado en el cuestionamiento del criterio de los camaristas, al entender

prudente interpretar las normas bancarias invocadas a la luz de las disposiciones del Código Civil— ha sido introducido de manera extemporánea, pues no fue sometido a la consideración de la Cámara en oportunidad de expedirse respecto del recurso de inconstitucionalidad. Por consiguiente, el agravio aparece como una reflexión tardía y el tema no puede reputarse parte del marco del debate planteado en el recurso de queja que deba ser objeto de ponderación en este pronunciamiento (conf. art. 27 de la ley 402 y este Tribunal en las causas “Oniszczyk, Carlos Alberto y Vallejos, Patricia Teresa Itatí s/ley 255 [Federico Lacroze 3531]”, expte. n° 2955, resolución del 24/8/2004, votos de los señores jueces Casás, consid. 2.ª y Conde, consid. I; “Pattarone, César Marcelo José s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Pattarone, César Marcelo José y Zava, Cristian s/art. 72, Cód. Contrav. — apelación’”, expte. n° 2809/04, resolución del 24/5/2004, especialmente voto del señor juez Casás, punto 1, entre otras decisiones).

En consecuencia, la queja planteada debe ser rechazada.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

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

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Adhiero a la solución propuesta por mi colega, la doctora Alicia E. C. Ruiz, en cuanto decide rechazar la queja interpuesta por la parte actora. Hago propios los fundamentos desarrollados en su voto y los brindados en sentido concordante por el señor fiscal general en el punto III de su dictamen de fs. 27/30 en tanto ponen en evidencia que, en el caso, la recurrente no logra articular una verdadera cuestión constitucional.

Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

El caso aquí planteado es sustancialmente análogo al decidido por el TSJ *in re* “Góngora Martínez, Omar Jorge s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Góngora Martínez, Omar Jorge c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 3264/04, resolución del 23/2/2005, por lo que estimo conveniente remitirme a los argumentos allí expuestos.

Como en el citado precedente, coincido con la solución propuesta por el juez de trámite, el recurso de inconstitucionalidad ha sido bien denegado y la queja, por ende, debe ser rechazada.

La omisión de aplicar las circulares A-2559 y A-3336 del Banco Central de la República Argentina, que la quejosa estima injustificada o aun arbitraria, encuentra en la sentencia que puso fin al pleito explicación suficiente, toda vez que ella rechaza el reclamo relativo a la reversión de los débitos practicados en los treinta días previos al requerimiento del titular

de la cuenta (20/10/2003) con base en lo que consideró que constituía la voluntad común de las partes a la luz de las constancias del expediente. La recurrente no demuestra que esa voluntad contractual no cumpla con los contenidos que la circular impone introducir en los contratos de depósito bancario a fin de proceder a realizar los débitos a que se refiere. Ello es así, pues no rebate cuál fue el contenido concreto del contrato celebrado entre banco y cliente ni aduce que ese contenido esté en pugna con la circular. En todo caso, el requerimiento de motivación de la solicitud que la Cámara estimó exigible no es sino un modo de interpretar la circular que la sentencia atribuye a las partes en el contrato. En síntesis, la Cámara ha encontrado apoyo para su decisión en circunstancias de hecho, prueba y derecho común —art. 1197, Cód. Civil— que privan a lo resuelto de relación directa con las cláusulas constitucionales invocadas.

Por lo precedentemente expuesto la queja debe ser rechazada.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el señor fiscal general.

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Rechazar* la queja planteada por Hernán Ferreyra a fs. 2/22.

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

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

XL

“LETAL S.R.L. S/QUEJA POR RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘LETAL S.R.L.
C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)’”

**RECURSO DE QUEJA: Amparo. Acción meramente
declarativa. Gratuidad. Depósito. Exención. Improcedencia**

Expte. nº 3894/05 - 26/5/2005

VISTO:

El expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

Según se expresa en los puntos 10, 11.5 y 11.6 de esta queja (fs. 22/35), la recurrente solicita se declare que el recurso se encuentra “exento del pago o depósito de la Tasa de Justicia”, que impone el art. 34 de la ley 402 por tratarse de una acción de amparo.

A ese efecto, pide que se declare la inconstitucionalidad de la norma mencionada, por oponerse a los arts. 43 de la C.N. y 14 de la CCBA en cuanto establecen la gratuidad en el amparo “del cual el presente recurso de queja, no es sino una continuidad procesal del mismo” (fs. 35).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Si bien las quejas por recursos denegados planteadas en acciones de amparo se encuentran exentas del depósito previsto en el primer párrafo del art. 34 de la ley 402 —ello así en virtud de lo dispuesto por la Constitución local y el párr. 2º del mismo art. 34 que remite a las exenciones dispuestas por la ley de tasas judiciales [conf. ley 327, art. 3º, inc. 1)]—, en el caso, el pedido de exención formulado por la recurrente no puede tener acogida favorable.

2. Conforme lo señala correctamente el señor fiscal general adjunto, la actora al iniciar este proceso planteó, en forma conjunta, una acción de amparo y una acción meramente declarativa.

El amparo se inició contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires —Comisión Municipal de la Vivienda— en virtud de la declaración de caducidad del contrato de concesión de uso existente entre la CMV y la Asociación Social y Deportivo Club Savio 80, con relación al inmueble ubicado en la Manzana 73 M-Fracción A del Barrio Gral. Savio, en el que su parte tiene “legítimos derechos, la tenencia legal y la posesión efectiva de un garage y playa de estacionamiento”. En virtud de este acto, la CMV inició un juicio de desalojo y lanzamiento contra la Asociación y los subinquilinos y/o ocupantes.

La acción meramente declarativa se dedujo para hacer cesar el estado de incertidumbre y la falta de certeza respecto de la validez y vigencia del contrato de locación (fs. 1/39, autos principales).

El juez de primera instancia rechazó *in limine* la demanda, considerándola como una acción de amparo, ya que se encontraba en trámite un juicio de desalojo en el que la aquí actora se presentó y fue tenida por parte (fs. 94, autos principales).

La Sala I de la Cámara declaró, respecto de la acción de amparo, mal concedido el recurso de apelación planteado por la actora, por no haberse fundado junto con el escrito de interposición. En lo que respecta a la acción meramente declarativa, devolvió los autos a la instancia de grado para que el juez “se pronuncie puntualmente acerca de la procedencia del requerimiento de la actora” (fs. 123, autos principales).

Contra esa decisión, la actora interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 130/146, autos principales) que fue desestimado por la Cámara por no haberse planteado contra una sentencia definitiva, ni exponerse en forma adecuada un caso constitucional (fs. 150, autos principales).

Devueltos los autos a primera instancia, el juez de grado resolvió rechazar, sin sustanciación, la acción meramente declarativa por no configurarse en el caso los requisitos para su procedencia (fs. 157, autos principales). Esta decisión fue confirmada por la alzada a fs. 175/176 del principal.

La actora interpuso recurso de inconstitucionalidad contra esta sentencia a fs. 182/186 (autos principales), cuyo rechazo (fs. 190, autos principales) motivó la presente queja.

3. No obstante la permanente alusión que realiza la recurrente tanto a las normas del amparo (art. 14, CCBA y art. 43, C.N.) como a las disposiciones procesales sobre la acción de certeza (art. 277, CCAyT), del relato efectuado en el punto anterior y de las referencias al fallo de la Cámara de fs. 182/186 (autos principales) que surgen del recurso de inconstitucionalidad y de la queja, resulta claro que la decisión que aquí se recurre es aquella que rechazó la acción meramente declarativa.

También se desprende del relato que la pretensión de la parte actora canalizada por la vía del amparo fue rechazada *in limine* en primera instancia (fs. 94, autos principales). Luego, la Cámara decidió declarar mal concedida la apelación deducida contra esa sentencia, pues consideró que por tratarse de un amparo el recurso debía interponerse y fundarse en el mismo escrito (fs. 123, autos principales). Contra esta última decisión, Letal S.R.L. interpuso un recurso de inconstitucionalidad (fs. 130/146, autos principales) que también fue rechazado por la Alzada (fs. 150/150 vta., autos principales). Así las cosas, la sentencia que rechazó *in limine* el amparo quedó firme.

4. En tanto la causa sólo prosigue como acción de mera certeza no resulta aplicable la pauta de gratuidad del amparo que surge de la Cons-

titución local (art. 14) y ha sido tenida en cuenta por el legislador con la exención prevista en el inc. 1º del art. 3º de la ley 327.

Por ello, también resulta acertado lo manifestado por el señor fiscal general adjunto en cuanto sostuvo que no corresponde hacer extensiva la exención prevista para el amparo a la acción meramente declarativa ya que esta “pretensión reviste carácter autónomo de la acción de amparo” (fs. 43 vta.).

5. El planteo de inconstitucionalidad del art. 34 de la ley 402 que efectúa la actora se basa en las normas constitucionales que prevén la gratuidad del amparo (véase parágrafo de la queja, fs. 32/34 de dicha pieza procesal) y no otras razones (v. gr., que tal depósito constituiría, con carácter general, una restricción fáctica por razones económicas para algunos justiciables al momento de acceder por vía de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado a los estrados de este Tribunal).

Así entonces, por referirse la queja a una acción meramente declarativa y no a una acción de amparo —como fue expuesto en los puntos precedentes— la pretensión de inconstitucionalidad del requisito del depósito en la forma en que ha sido planteada conduce al tratamiento de una cuestión inatínente en razón de la vía procesal actual y efectivamente involucrada.

Los jueces JULIO B. J. MAIER, ANA MARÍA CONDE, LUIS F. LOZANO y ALICIA E. C. RUIZ dijeron:

Coincidimos con la solución propuesta por nuestro colega el juez José O. Casás por los fundamentos que expresa en su voto.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la dispensa de integración del depósito establecido en el art. 34 de la ley 402, solicitada por Letal S.R.L.

2º. *Hacer saber* a la recurrente que deberá integrar, en el plazo de cinco días, el depósito previsto por el art. 34 de la ley 402, bajo apercibimiento de declararse desistido el recurso

3º. *Mandar* que se registre y se notifique.

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

XLI

“GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD
DENEGADO, EN: ‘FARÍAS, MARÍA ANTONIA C/GCBA
S/EMPLEO PÚBLICO (NO CESANTÍA NI EXONERACIÓN)’”

**RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad parcial. Docente. Haberes.
Rubros remunerativos y no remunerativos. Liquidación. Regularización
previsional. Principio de congruencia. Pronunciamiento
extra petita. Excepción de prescripción. Arbitrariedad de sentencia**

Expte. nº 3565/04 - 26 /5/2005

VISTO:

El expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. Un grupo de docentes que trabajan en el sistema de educación pública de la Ciudad de Buenos Aires iniciaron la presente acción contra el Gobierno de la Ciudad, con el siguiente objeto (copia obrante a fs. 1/6 de la queja):

- a) Modificar el carácter y/o naturaleza no remunerativa ni bonificable de los rubros “suma fija no remunerativa docente”, “antigüedad suma fija no remunerativa”, “fondo educativo” y “antigüedad fondo educativo” —creados por decretos del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires 4937/91 y 5787/91—, que perciben como rubros 094, 095, 096 y 097, disponiendo en consecuencia que dichos suplementos se consideren como haber desde la vigencia de cada uno de ellos, y con carácter remunerativo y bonificable, en atención a su carácter general y permanente.
- b) Disponer que sean reliquidados los haberes percibidos teniendo en cuenta para el cálculo de la liquidación los restantes suplementos que corresponden percibir conforme la ley y demás beneficios sociales que se extraen del monto del sueldo —como el SAC.
- c) Ordenar se abonen las diferencias devengadas e impagas correspondientes a los suplementos indicados desde el 4/11/1991 respecto de los acordados por dec. 4937/91, y desde el 23/12/1991 los dispuestos por el dec. 5787/91 —o desde la fecha de ingreso a la actividad del docente, si es posterior.

d) Actualizar las diferencias adeudadas, y condenar al pago de intereses y costas.

2. El señor juez de primera instancia dictó sentencia definitiva el 18/10/2002, en la que rechazó íntegramente la demanda planteada (fs. 26/33).

3. Con fecha 20/3/2004 la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario consideró que los suplementos controvertidos revisten carácter remunerativo, y en consecuencia hizo lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en los siguientes términos (fs. 45/49):

- a)* Los adicionales “fondo educativo”, “suma fija no remunerativa docente”, “antigüedad suma fija no remunerativa” y “antigüedad fondo educativo” se deben tomar como base a todos los efectos previsionales.
- b)* El Gobierno deberá presentarse ante el órgano previsional competente y, allí, regularizar la situación respecto de las contribuciones debidas al sistema de jubilaciones y pensiones desde la entrada en vigencia de los decs. 4937/91 y 5787/91.
- c)* Los mencionados suplementos deberán incluirse en la base de cálculo para determinar el salario anual complementario.
- d)* El Gobierno de la Ciudad les deberá abonar a las actoras las diferencias en concepto de salario anual complementario que surjan de la inclusión dispuesta en el punto anterior por los períodos comprendidos entre la entrada en vigencia de los decs. 4937/91 y 5787/91 y el momento en que efectivamente se incluya a los adicionales en la liquidación del SAC, con intereses conforme la tasa pasiva que publica el Banco Central de la República Argentina, salvo los intereses correspondientes al período enero/setiembre de 2002 en que se aplicará la tasa activa que publica el Banco de la Nación Argentina.
- e)* Fíjese un plazo de 30 días para que la Administración comience a liquidar correctamente los salarios de las actoras, de conformidad con lo resuelto en los puntos anteriores.

4. El GCBA interpuso recurso de aclaratoria contra dicha resolución judicial, manifestando que el fallo omitió expedirse respecto de la prescripción planteada en la contestación de la demanda, que no había sido considerada por el juez de primera instancia ya que rechazó íntegramente la demanda.

La Cámara rechazó el recurso de aclaratoria por considerar que no incurrió en omisión, ya que el GCBA debió haber expuesto y manifestado

su defensa al efectuar la expresión de agravios y/o al contestación los agravios de la contraparte (fs. 63/64).

5. A su vez, el GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia de Cámara, a la que califica como arbitraria (fs. 50/61 de la queja), el cual no fue concedido por considerar que los agravios constitucionales son genéricos, carecen de relación con el caso y la doctrina de la arbitrariedad no ha sido expuesto de manera adecuada (fs. 66).

Ante dicha denegatoria, el GCBA presentó la correspondiente queja (fs. 68/83).

6. El señor fiscal general adjunto, en su dictamen, consideró que debe hacerse lugar parcialmente a la queja, admitir el recurso de inconstitucionalidad revocando la sentencia atacada respecto a la condena de regularizar la situación previsional de la parte actora, y remitir las actuaciones a la Cámara de Apelaciones a fin de que, por quien corresponda, se expida sobre la defensa de prescripción oportunamente articulada (fs. 91/97).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

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

Asimismo, al menos parcialmente, el recurrente logra criticar con acierto la decisión denegatoria del recurso de inconstitucionalidad, lo cual habilita a este Tribunal a adentrarse en el estudio del recurso de inconstitucionalidad deducido.

2. En los recursos de inconstitucionalidad y queja, el GCBA atribuye arbitrariedad a la sentencia impugnada, lo cual —alega— le causa una afectación en sus derechos de defensa y propiedad privada.

Las críticas planteadas en sustento de tal afirmación pueden agruparse en tres ejes argumentales:

- a) Violación al principio de división de poderes, ya que al modificar la naturaleza no remunerativa de los adicionales cuestionados la Cámara invadió atribuciones exclusivas de la Administración y generó un desequilibrio en las previsiones financieras y presupuestarias de la Ciudad de Buenos Aires; y afectación al derecho de defensa, por no merituar los argumentos expuestos por la demandada y la sentencia de primera instancia en defensa del carácter no remunerativo de los adicionales.
- b) Violación al principio de congruencia por haber decidido una cuestión que no integraba la litis, al condenar al GCBA a pre-

sentarse ante el órgano previsional a los efectos de regularizar la situación de las contribuciones adeudadas respecto de la actora, lo cual también resultaría autocontradictorio ya que no se falló de la misma manera en cuanto a los aportes correspondientes.

- c) Violación del principio de congruencia al no pronunciarse sobre la defensa de prescripción de las diferencias salariales, oportunamente planteada por la demandada.

3. En cuanto al primer agravio, el GCBA no logra esbozar un caso constitucional que justifique la intervención de este Tribunal, ya que su planteo constituye una mera discrepancia con la valoración de los hechos y de las normas infraconstitucionales aplicables, cuestión ajena al ámbito de este recurso extraordinario.

Más allá del acuerdo o desacuerdo con la decisión adoptada por la Cámara, lo cierto es que el *a quo* ha desarrollado un razonamiento que no puede ser calificado como arbitrario o ilógico.

En otras palabras, el GCBA no logra demostrar de qué manera, en el caso concreto, la interpretación que realiza la Cámara de las normas infraconstitucionales aplicables viola principios, derechos o garantías de índole constitucional, lo cual conduce a rechazar el recurso de inconstitucionalidad en este aspecto.

Distinta es la situación de los restantes agravios planteados, donde el recurrente sí logra configurar adecuadamente el requisito del caso constitucional, por afectación de los derechos a la defensa en juicio y propiedad (arts. 17 y 18, C.N. y 12 y 13, CCBA).

4. En cuanto a la condena impuesta al GCBA para presentarse ante el órgano previsional a los efectos de regularizar la situación de las contribuciones adeudadas respecto de la actora, cabe destacar que ella *en ningún momento fue peticionada por la actora*.

En efecto, en el escrito de demanda la accionante planteó tres pretensiones de conocimiento:

- una pretensión declarativa, tendiente a que se determine el carácter remunerativo de los adicionales controvertidos, y se los considere parte del haber;
- una pretensión de condena, orientada a que se obligue al GCBA a realizar las futuras liquidaciones de sueldo considerando a dichos adicionales como parte del sueldo;
- otra pretensión de condena, dirigida a que se abonen las diferencias salariales derivadas de la incorrecta liquidación de los beneficios sociales que se extraen del monto del sueldo —como ocurre con el sueldo anual complementario—, con sus correspondientes intereses y actualización.

Es decir, en ningún momento se planteó una pretensión tendiente a que se regularice la situación previsional de la actora, cuestión que —en consecuencia— no integra la litis.

En virtud del principio de congruencia, consagrado en los arts. 145, inc. 6° y 247 de la CCaYT, y fundado la garantía constitucional a la defensa en juicio (art. 18, C.N.), debe existir una estricta correlación entre la sentencia y las pretensiones deducidas en juicio. Esta correlación actúa en un doble sentido: el juez no puede dejar de decidir alguna pretensión, ni decidir otras distintas.

Al obligar al GCBA a regularizar la situación previsional de la actora en lo correspondiente a las contribuciones patronales, el juez está fallando *extra petita*, sin haberle dado al demandado la posibilidad, en el marco del proceso judicial, de controvertir ampliamente esta pretendida obligación.

Ello constituye una clara violación al principio de defensa en juicio y transforma a la sentencia en arbitraria por excederse en los límites del pronunciamiento, al decidir una cuestión no planteada —conforme doctrina del Máximo tribunal de la Nación en *Fallos*, 237:328; 239:442; 267:150; 297:219; 299:197; 301:39; 305:570; 307:510, entre muchos otros.

5. a) En cuanto a la omisión de pronunciarse sobre la defensa de prescripción de las diferencias salariales, planteada por el GCBA en la contestación de demanda pero que no repitió en la contestación de la expresión de agravios deducida por la actora, cabe recordar en primer término la solución adoptada por el juez de primera instancia.

Dicho magistrado rechazó la demanda y, en consecuencia, consideró innecesario pronunciarse acerca de la defensa de prescripción opuesta (punto VIII de la sentencia).

Por lo tanto, al no tratarse este planteo de prescripción —en atención a su accesoriedad—, no existió decisión jurisdiccional que cause un agravio concreto a las partes, quienes en consecuencia carecían de interés jurídico en replantear el tema. Es por ello que este tema no fue considerado por la actora en su expresión de agravios, y mucho menos por la demandada en la correspondiente contestación, ya que en ese escrito tiene la oportunidad de refutar los agravios deducidos por la actora pero no plantear nuevos agravios eventuales.

El GCBA sólo podría haber planteado un agravio si hubiera deducido el pertinente recurso de apelación, pero este supuesto se trataba de un mero agravio eventual o hipotético toda vez que su pretensión había sido acogida. Recordemos que un requisito común a todo recurso es la existencia de un gravamen, es decir un perjuicio concreto —y no hipotético— resultante de la decisión jurisdiccional impugnada, ya que no es función de los jueces emitir declaraciones abstractas.

Exigirle al GCBA que de todos modos replantee la temática de la prescripción en la contestación de agravios, implica desnaturalizar dicha oportunidad procesal y realizar una interpretación excesivamente amplia del principio de eventualidad procesal, que vulnera el derecho a la defensa en juicio del recurrente.

Es decir, el ámbito decisorio de la Cámara de Apelaciones en el marco de un recurso de apelación, no sólo incluye a los agravios planteados por las partes, sino también aquellos planteos que no fueron considerados en la sentencia de primera instancia por haberse rechazado la demanda. Ello en virtud del principio de congruencia, fundada en la garantía de la defensa en juicio (art. 18, C.N.), que exige a los jueces pronunciarse sobre todas las pretensiones y defensas de las partes, susceptibles de gravitar en el resultado de la causa.

A tales efectos, no importa si la parte ganadora reeditó o mantuvo la alegación, ya que aun cuando la hubiera omitido, de todos modos quedaría implícitamente sometida a la decisión del tribunal de segunda instancia en caso de que la sentencia recurrida fuera revocada (PALACIO, Lino E.: *Derecho procesal civil*, t. V, 2ª ed. actualiz., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 268).

b) A mayor abundamiento, cabe destacar que no resulta aplicable a este caso lo dispuesto en el art. 248 del CCAyT, que dispone que “El tribunal puede decidir sobre los puntos omitidos en la sentencia de primera instancia, aunque no se haya pedido aclaratoria, siempre que se solicite el respectivo pronunciamiento al expresar agravios”.

Esta disposición presupone que el impugnante está en condiciones de presentar una apelación y por ende expresar agravios, es decir tiene un interés jurídico derivado de un perjuicio concreto que le causa la decisión recurrida. Pero en este caso no existe ningún agravio concreto que pueda haber alegado el GCBA, quien en primera instancia había resultado íntegramente triunfador y por tanto no estaba legitimado para interponer un recurso de apelación y expresar agravios.

c) En conclusión, la resolución judicial impugnada constituye un supuesto de arbitrariedad del objeto de la decisión, por haber incurrido en una omisión motivada por la exigencia de una apelación imposible.

La CSJN se ha pronunciado en ese sentido (*Fallos*, 234:307 y 265:201). En el fallo citado en primer término ha dicho que “las decisiones judiciales que omiten considerar las cuestiones oportunamente propuestas por las partes y conducentes para la decisión del juicio, carecen de fundamento suficiente para sustentarlas y deben ser dejadas sin efecto. Tal ocurre cuando el tribunal apelado revoca la sentencia del inferior que

rechaza la demanda y, en consecuencia, condena a las recurrentes al pago de una suma en concepto de indemnización por daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito, omitiendo pronunciarse sobre la defensa de falta de acción opuesta por aquéllas en oportunidad procesal”.

6. Por todo lo expuesto, y conforme lo dictaminado por el fiscal general adjunto, propicio admitir la queja y hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad planteado en los siguientes términos:

- a) Revocar la sentencia de Cámara en cuanto a la condena de regularizar la situación de las contribuciones adeudadas.
- b) Remitir las actuaciones a la Cámara de Apelaciones a fin de que, por quien corresponda, se expida sobre la defensa de prescripción oportunamente articulada.
- c) Confirmar la resolución atacada en todo lo demás que decida.

Las costas del presente recurso serán impuestas en el orden causado, habida cuenta la existencia de vencimientos recíprocos.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, la *arbitrariedad* ha pasado a ser un motivo general de cualquier recurso, quizás por efecto de la conocida, pero nunca clara, doctrina de la CSJN, quizás por efecto de aquello que a los alumnos se les explica en las cátedras de Derecho Constitucional y Derecho Procesal de las facultades de Derecho con sede en la Ciudad. Lo cierto es que casi todos los abogados de esta Ciudad conocen, bajo el gentilicio *arbitrariedad*, al motivo de los motivos de los recursos. A mí me parece que tras esa palabra se esconde, en los recursos y en vocabulario jurídico, algo así como lo que define la palabra *agravio* referida a la decisión judicial y, en lenguaje vulgar, algo así como “la sentencia no me gusta”, porque valora los hechos o aplica las normas de manera distinta a la pretendida por el recurrente, ambas definiciones correctas para aquello que comprendemos como *recurso* en general, pues este mecanismo procesal necesita del *agravio* o del disgusto del litigante con relación a aquello que fue decidido. En el caso particular que tratamos tal agravio existe, puesto que la sentencia reconoce cierta obligación del recurrente y, a su manera, lo condena a cumplirla.

Todo ello sucede a pesar de la doctrina sentada por el TSJ, con base en las afirmaciones de la CSJN, según la cual la mayoría de los recursos fundados en esta llamada *arbitrariedad* de la sentencia están destinados al fracaso (conf. TSJ *in re*, “Federación Argentina de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas en *CyJ, Fallos TSJBA*, I-1999, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 282 y ss., “Gobierno de la Ciu-

dad de Buenos Aires c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo”, expte. n° 726/00, sentencia del 24/5/2001, *CyJ, Fallos TSJBA*, III-2001, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 240 y ss., y “Caballero, Jorge Alberto y otros s/art. 71, Cód. Contrav. —causa 555-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 912/01, sentencia del 5/12/2001, *CyJ, Fallos TSJBA*, III-2001, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 749 y ss.), pues para los recursos limitados por los motivos —extraordinarios en nuestra jerga procesal, porque sólo proceden ante ciertos motivos de injusticia y dejan de lado otros—, esas decisiones, expresadas sintéticamente, aclaran que la mera discrepancia argumental con la sentencia recurrida no implica arbitrariedad o que la misma CSJN comprende a este motivo como excepcional, pues no tiene por objeto establecer una nueva instancia de mérito, ni corregir decisiones erróneas. Para colmo de males, en mi caso, los recurrentes por este motivo coliden con una cierta repugnancia mía referida a él —posiblemente inconsciente debido a mi formación— y con cierto aspecto teórico-constitucional (el juicio por jurados, al menos en materia penal) que me impide considerar a la llamada arbitrariedad —falta, escasez o ilogicidad de fundamentos— como un requerimiento constitucional de toda decisión judicial *sine qua non* (conf. mi voto en “Compañía Meca S.A. c/DGR [resol. 429-DGR/00] s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte n° 2630/03 y sus acumulados exptes n° 2538/03 y n° 2585/05, sentencia del 12/8/2004).

2. Pero el hecho de que el recurso abunde en la denuncia de arbitrariedades en la sentencia no quiere decir, de modo alguno, que no se haya quejado sobre ciertos problemas que afectan la sentencia, con base constitucional, como lo supone el voto de la señora jueza de trámite. Dejo de lado —con ella— aquello relativo al principio de *división de los poderes*, como agravio constitucional del GCBA, porque el hecho de que alguien demande al Estado ante los órganos judiciales competentes, con el fin de impugnar decisiones administrativas, no puede representar sino el ejercicio de un derecho por parte del administrado, en este caso del agente. Por ello es que en ese ítem, el recurso de queja es improcedente, como lo es también la crítica de la sentencia por falta de competencia del órgano que la dictó, razón por la cual a este respecto la queja debe ser rechazada, como lo propone la señora jueza de trámite. Quisiera dejar en claro aquí que la demanda no ha sido discutida como vía judicial de impugnación de actos administrativos por parte de los participantes en el procedimiento, seguramente porque el gobierno admitió también la vía, como lo revela la sentencia de primera instancia en su punto 1.

Creo que también debe rechazarse el recurso interpuesto respecto de la interpretación que la sentencia de Cámara concede a los rubros remuneratorios reclamados, en tanto, precisamente, los titula como remuneratorios, frente a una impugnación de inconstitucionalidad de la propia demanda sobre las reglas que consideran a esos rubros de otra manera. A esta interpretación no le alcanza el recurso, pues constituye sólo, como se dijo, una discrepancia de mérito —hecho o derecho común— con aquello que fue interpretado.

3. Existen todavía, sin embargo, dos problemas que superan el mero calificativo sustantivado de *arbitrariedad* en la sentencia. El primero se refiere al cap. XIII —la parte dispositiva de la sentencia se remite, erróneamente, al cap. XII—, puntos *a* y *b*, de los fundamentos de la sentencia de Cámara, en tanto a ellos se remite el dispositivo de la decisión. Se establece allí, a la manera de una declaración y de una condena, la obligación de tomar como base a aquellas sumas a los “efectos previsionales” y de contribuir, en el plazo que fija la sentencia, con ese sistema y con las sumas correspondientes. Como creo que lo explica la señora jueza de trámite (punto 4 de sus *Fundamentos*), la demanda no contiene, ni creo que podría contener por razones de legitimación material, el pedido de una condena del demandado a abonar sumas a algún ente previsional. La sentencia se pronuncia así *extra petita* y ello, según es conocido, lesiona el principio de defensa establecido tanto en la Constitución Nacional (art. 18), como en la local (art. 13, inc. 3º), problema mencionado por el recurso como objeto de crítica. Por lo tanto, la queja debe ser acogida a este respecto y el recurso de inconstitucionalidad apoyado, en el sentido de que la sentencia debe ser revocada en todo cuanto decide en esos puntos.

Cabe resaltar que esta cuestión, en estricta puridad, no integra el objeto de la litis al no haber sido peticionada por la actora, pero sí forma parte, *ad eventum*, de la contestación de la demanda. Acerca del tópico promedian actuaciones (v. gr.: fs. 230, fs. 235 y otras, del expediente principal) como consecuencia de una medida para mejor proveer dispuesta por la Cámara. Sin embargo, este particular *iter* procesal no mitiga la sencilla circunstancia de que la parte actora no solicitó en su demanda que se verificara la existencia de aportes jubilatorios estatales —ni propios (el Estado agente de retención)— con relación a las sumas percibidas. La introducción de este problema en la contestación de la demanda no parece ser otra cosa que —dicho de manera general— un argumento defensivo escasamente desarrollado, con lo cual quiero descartar el significado de *reconvención* que alguien pudiera darle. Pero la situación frente a la sentencia se vé todavía más clara si, sin ocuparnos de la legitimación para

demandar o reconvenir esta obligación, cuya imposibilidad resulta obvia, se la exhibe como una reconvencción, pues sería rarísimo —por no decir imposible— que una reconvencción para que condenen al actor conduzca a una nueva y más grave condena del demandado que reconvinó. Por lo demás, parece que el Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires carecería de competencia para decidir acerca de obligaciones nacionales de carácter previsional. Sobre este punto, entonces, debe revocarse la sentencia que fija obligaciones para la Ciudad de Buenos Aires, sin perjuicio de que ellas pudieran existir o subsistir, cuestión a demandar por otro actor y a tratar por otros tribunales.

4. El segundo problema constitucional, que también menciona el recurso, se refiere a la falta de tratamiento de la defensa de prescripción opuesta por el GCBA. Ello también interesa al principio constitucional de defensa antes citado. La Cámara explica el hecho de no haberse pronunciado sobre esta defensa por invocación de su falta de repetición ante la segunda instancia (apelación). Pero si se observa que el GCBA, demandado en la ocasión, había triunfado en el pleito, por rechazo de la pretensión de los actores, también se explica la falta de repetición en la segunda instancia de la defensa de prescripción, por carencia de agravio. Para ello es necesario entender que, cuando los tribunales de apelación revocan fallos absolutorios o que no hacen lugar a la demanda, dictan ellos la primera resolución adversa para el demandado, esto es, reconocen por primera vez la obligación y condenan por primera vez. Se trata, entonces, de una decisión que, aunque dictada en una segunda instancia, si nos remitimos a la línea de organización jerárquica, es, para el demandado, una *primera* decisión de condena. Resulta excesivo exigirle al demandado que reitere todas sus defensas, cuando ha obtenido un fallo favorable en la primera sentencia. La Cámara debió tratar, inmediatamente después de reconocer la obligación (liquidación y pago de sumas relativas al sueldo anual complementario de los agentes), la defensa de prescripción opuesta por el GCBA. En este sentido, el punto d), del cap. XIII de la sentencia de Cámara, al cual se refiere el dispositivo, debe ser casado y reenviarse el caso al tribunal correspondiente, para que dicte una nueva sentencia que tome a su cargo, en la decisión, la defensa de prescripción de las obligaciones allí decididas (cosa juzgada parcial).

5. De tal manera, coincido con el dispositivo que propone la señora jueza de trámite, en tanto, el dispositivo que yo propongo confirma parcialmente la sentencia (punto c, del número romano XIII de la sentencia de la Cámara), pero la revoca en los puntos que comprende la condena en razón de aportes previsionales supuestamente omitidos (puntos a] y b], del número romano XIII de la misma sentencia) y anula el fallo parcial-

mente, para que el tribunal de mérito que corresponda asuma la solución de la defensa de prescripción (punto d] del número romano XIII de la misma sentencia). Frente a la casación de la condena anteriormente dispuesta, el punto e] del número romano XIII carece, por el momento, de vigencia efectiva. Por lo demás, las costas del recurso de inconstitucionalidad deben ser soportadas por el orden causado puesto que, con referencia a él, existen vencimientos recíprocos.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Adhiero al voto de la jueza Conde en lo que hace a la revocación de la condena en cuanto ordenaba regularizar la situación de las contribuciones adeudadas.

2. En cuanto al agravio relativo al deber del *a quo* de tratar el planteo de prescripción introducido en la primera instancia y no mantenido en la contestación del memorial de apelación de la actora, estimo que la sentencia *sub examine* encuentra apoyo en una interpretación posible de las alegaciones de las partes y del derecho procesal aplicable, por lo que no puede ser revisada en esta instancia.

3. En lo que respecta al agravio del Gobierno, en cuanto a que el *a quo* modificó la naturaleza no remunerativa de los adicionales creados por las decs. 4937/91 y 5787/91, condicionando el actuar de la administración, limitando su ámbito de reserva en cuanto a fijar políticas salariales, produciendo un desequilibrio en el erario de la Ciudad de Buenos Aires y conspirando finalmente contra la división de poderes. El quejoso no muestra la relación directa de lo resuelto con las garantías constitucionales, invocadas.

Las costas del recurso se imponen en el orden causado por existir vencimientos recíprocos (art. 65, CCAyT).

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Adhiero a la solución propiciada por mi colega, la doctora Ana María Conde, en cuanto sostiene que la demandada, el GCBA, no logra esbozar un verdadero caso constitucional referido a la supuesta violación al principio de división de poderes generada por la decisión de la Cámara que atribuyó carácter remunerativo a los suplementos consignados por los actores en la demanda.

También comparto la propuesta de la señora jueza de trámite en punto a la orden de remisión del expediente a la Cámara para que, por quien corresponda, se expida sobre la defensa de prescripción opuesta oportunamente por el GCBA.

Este punto, así lo voto.

2. En lo que respecta a la alegada violación al principio de congruencia, considero que la demandada logra exponer un verdadero caso constitucional cuando manifiesta que la sentencia del tribunal *a quo* incurre en autocontradicción y, en consecuencia, el decisorio recurrido violenta la garantía del debido proceso.

El GCBA sostiene que “la sentencia declaró el carácter remunerativo de los adicionales litigados y condenó a mi parte a que regularice, ante el órgano previsional, las contribuciones correspondientes [...] Vale decir que ante un mismo hecho, deuda previsional, frente al que legalmente tanto empleador como empleado corren con las mismas obligaciones (abonar el porcentaje correspondiente como contribución o aporte), los actores son liberados por exceder el marco de la causa y mi parte es condenada” (fs. 292 vta., autos principales).

En efecto, considero que la sentencia de la Alzada violenta el principio de congruencia, dado que incurre en autocontradicción cuando en el punto XIII a) establece que los adicionales en cuestión “se deben tomar como base a todos los efectos previsionales” y, luego, en el punto XIII b), dispone concretamente que “el Gobierno deberá presentarse ante el órgano previsional competente y, allí, regularizar la situación respecto de las contribuciones debidas al sistema de jubilaciones y pensiones desde la entrada en vigencia de los decs. 4937/91 y 5787/91” (fs. 276, autos principales).

La declaración del carácter remunerativo de los rubros creados por los decs. 4937/91 y 5787/91 trae aparejadas, como necesaria y directa implicancia, distintas consecuencias que, en principio, no resultan susceptibles de ser recortadas o seccionadas sin una fundamentación plausible. Ello impide considerar al punto b) del pronunciamiento bajo análisis como la ‘sentencia fundada en ley’ a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N. y, por lo tanto, el mismo debe ser revocado. No obstante, parece oportuno puntualizar que, al momento de ejecutar la sentencia, se deberán tener en cuenta todos y cada uno de los efectos que se derivan del reconocimiento del carácter remunerativo de los mentados suplementos.

Finalmente, en mi modesta opinión, considero que la Cámara no ha resuelto el proceso *extra petita*, pues 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. Por ello, es mi parecer que todo lo que hace al esclarecimiento de la posición de las partes con relación a su situación previsional (tanto hacia el pasado, como hacia el futuro), se encontraba dentro de los términos en los que fue trabada la *litis* según la letra del escrito de demanda y su contestación

(véase en especial fs. 66/66 vta., autos principales). Entonces, decidido que los suplementos 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, por supuesto que a la luz del contenido del pronunciamiento que ahora se revoca parcialmente. Asimismo, deberá tenerse en cuenta la decisión que defina los períodos por los cuales debe reconocerse la naturaleza remunerativa de los adicionales, luego de dar respuesta a la defensa de prescripción incoada por el GCBA.

Este segundo punto, así lo voto.

Las costas deben imponerse en el orden causado toda vez que existen vencimientos recíprocos.

Por las consideraciones expuestas, corresponde:

- a) hacer lugar parcialmente a la queja y al recurso de inconstitucionalidad interpuestos por el GCBA;
- b) revocar el punto XIII b) de la sentencia de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario obrante a fs. 273/276 vta. ;
- c) remitir las actuaciones a la Cámara para que, por quien corresponda, se expida sobre la defensa de prescripción oportunamente articulada por el GCBA; y
- d) imponer las costas del recurso en el orden causado.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires satisface los requisitos de tiempo y forma (art. 33, ley 402) y habilita el tratamiento del recurso de inconstitucionalidad que oportunamente se dedujera.

2. El recurrente a fs. 54 vta./55 del expte. 3565 dice:

“el fallo que me agravia incurre en supuestos de arbitrariedad, por que:

- a) no atiende a las particularidades del caso;
- b) decide cuestiones que no han sido planteadas por parte interesada (fallo *extra petita*), vulnerando así el principio de congruencia;
- c) incurre en autocontradicción;
- d) omite expedirse sobre cuestiones planteadas oportunamente (...);
- e) viola las facultades de la Administración de establecer la retribución de sus agentes, irrogándose el papel del legislador;
- f) viola reglas elementales del proceso, al modificar una sentencia sin agravio de parte;

g) omitió pronunciarse sobre la excepción de prescripción interpuesta por mi parte al contestar demanda, violando nuevamente el derecho de defensa en juicio”.

3. De los agravios reproducidos en el apartado anterior me limitaré a la consideración del que se individualizara con la letra g), y ello porque tal como llega la cuestión a este estrado, entiendo que la decisión del tribunal debe evitar el fraccionamiento innecesario del *thema decidendum*, la generación de agravios prematuros y por fin, preservar el orden y la prolijidad en el tratamiento de los diferentes tópicos involucrados en el proceso.

4. El caso constitucional, como lo enfatiza la señora jueza de trámite, se configura en tanto la Cámara omite el tratamiento de la defensa de prescripción, que el GCBA introdujera en el responde.

El juez de primera instancia que rechazó la demanda, lo hizo con argumentos que no requerían el análisis de la prescripción denunciada. La sentencia de Cámara, por el contrario, admitió el recurso de apelación de la actora e hizo lugar parcialmente a la acción deducida, sin considerar la defensa de prescripción.

Si bien la Cámara en una resolución aclaratoria posterior a la sentencia, y que no fue objeto de recurso, se expidió sobre el tema de la prescripción, habré de limitarme al análisis del fallo apelado, ya que la referida aclaratoria no modifica el decisorio cuestionado y por lo tanto subsiste el agravio sobre la falta de tratamiento de aquella defensa.

5. La cuestión suscitada en estos actuados evoca el instituto de la apelación adhesiva implícita: quien no apela una sentencia porque le da la razón, ¿debe hacer valer ante la alzada que la revoca, las defensas que no fueron consideradas en la instancia previa? No es así. Quien triunfa en un proceso sólo tiene la carga de contestar agravios, pero no de conjeturar acerca de qué hubiera decidido el magistrado recurrido si hubiera considerado las defensas no tratadas y oportunamente introducidas. Menos aún está obligado a reiterarlas cuando se le da traslado de la apelación.

La alzada que modifica el sentido de un fallo, en cambio, debe atender los capítulos propuestos a la decisión de la primera instancia (conf. arg. art. 247, CCAyT), porque los jueces están obligados a mantener la igualdad de las partes en el proceso (conf. art. 27, CCAyT). Si se impusiera a una de ellas al tiempo de contestar agravios, la carga de reiterar las defensas que no se tomaron en cuenta en la instancia anterior, se estaría creando por vía pretoriana una norma que atenta contra el principio de legalidad.

La regla que regula la impugnación de las resoluciones judiciales está definida por la interacción de los arts. 133 *in fine*, 242 y 247 del CCaYT, regla que determina que la competencia se abre en la medida en que una de las partes apele y exprese agravios. Su actuación no importa para la otra, que no apela o que contesta deficientemente, la renuncia a ninguna de las defensas u oposiciones que hubiera interpuesto contra el progreso de la pretensión. Es decir, no opera en la impugnación de las resoluciones el mismo orden que rige entre demanda y contestación, porque aquí se integran oposiciones y defensas según expresa regulación de la ley procesal.

En síntesis, contestado o no el traslado de la apelación, el vencedor en primera instancia no consiente la pretensión recursiva del perdedor, y las defensas y alegaciones que hubiera planteado conservan vigencia y su consideración no puede ser omitida por la segunda instancia, como sucediera en este caso. Una interpretación diferente viola la igualdad procesal y el derecho de defensa en juicio (art. 18, C.N.). Es por estas razones que la afectación que la sentencia produce por la omisión referida basta, a mi juicio, para admitir el recurso y no corresponde el tratamiento de los restantes agravios como lo explicara más arriba.

6. Por lo expuesto, voto por: *a)* hacer lugar parcialmente al recurso —en el punto relativo a la falta de tratamiento de la defensa de prescripción— y remitir el expediente a la sala que sigue en orden de turno para que se pronuncie sobre el particular; *b)* cumplido con lo dispuesto en el punto anterior y vencido el plazo para impugnar por vía extraordinaria o, en su caso, sustanciados los eventuales recursos, disponer que la causa sea devuelta al Tribunal, para que considere los restantes agravios deducidos; y *c)* diferir el tratamiento de las costas para esa oportunidad.

Por ello, oído el fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Hacer lugar* parcialmente a la queja y al recurso de inconstitucionalidad interpuestos por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2°. *Revocar* la sentencia de fs. 273/276 en cuanto condena al Gobierno de la Ciudad a regularizar la situación de las contribuciones adeudadas y *remitir* las actuaciones a la Cámara de Apelaciones para que, por quien corresponda, se expida sobre la defensa de prescripción articulada por el Gobierno de la Ciudad.

3°. *Confirmar* la sentencia de Cámara en todo lo demás que en ella se decide.

4°. *Imponer* las costas del recurso de inconstitucionalidad en el orden causado.

5°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva a la Cámara como está dispuesto en el punto 2.

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

XLII

“ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD”

**ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD: Recurso
extraordinario federal. Inadmisibilidad. Regulación de honorarios**

Expte. nº 2535/03 - 26/5/2005

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

A fs. 163 y 169 la abogada Cecilia Salem, apoderada de la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires, con el patrocinio letrado de su titular, Dra. Alejandra Tadei, solicitan al tribunal la regulación de sus honorarios por los trabajos cumplidos en la etapa iniciada con la interposición del recurso extraordinario federal de la actora, que fuera rechazado el 13/10/2004, con costas a la vencida (fs. 143/162).

En aquella última oportunidad y a partir de una intimación previa formulada por el juez instructor a fs. 167, la parte peticionaria formula pautas para estimar el valor de sus honorarios “en la suma de \$ 4.500” (fs. 169, último párrafo).

A fs. 173/5, la contraria solicita se rechace la pretensión de honorarios debido al incumplimiento en que habría incurrido la accionada al momento de cuantificar sus honorarios, ya que se limitó a repetir las pautas establecidas en el art. 6° de la ley 21.839. Sin perjuicio de lo cual y

subsidiariamente estima al monto determinado “claramente excesivo” y lesivo a su derecho de tutela judicial efectiva.

FUNDAMENTOS:

Los jueces JOSÉ O. CASÁS y JULIO B. J. MAIER dijeron:

1. Asiste parcialmente la razón a la parte actora al sostener que la contraria sólo se limitó a repetir genéricamente las pautas arancelarias que le fueran requeridas, empero bajo ningún punto de vista ello implica, como alude la actora sin fundamento alguno, que por ese único motivo corresponda rechazar la regulación de honorarios solicitada, máxime si consideramos que la requisitoria de fs. 167 no fue efectuada bajo apercibimiento alguno debido a la naturaleza alimentaria que detentan los honorarios profesionales (conf. este Tribunal *in re* “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 2490/03, resolución del 9/3/2005)

2. A los fines arancelarios, la actividad de los profesionales en el recurso extraordinario federal se rige por el art. 14 de la ley 21.839 (conf. este Tribunal, *in re* “Spisso, Rodolfo R. S/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Spisso Rodolfo R. C/GCBA s/amparo s/art. 14, CCBA’”, expte. n° 1066/01, resolución del 19/3/2003).

Si bien no existe regulación de honorarios por la instancia correspondiente a la acción de inconstitucionalidad, en tanto el art. 14 de la ley vincula el arancel correspondiente al recurso con “la cantidad que *deba fijarse* para los honorarios de primera instancia”, resulta posible efectuar la regulación por el recurso extraordinario, mediante el mecanismo de fijar previamente el valor de los honorarios por lo actuado en la instancia originaria —véase el voto conjunto de los jueces Maier y Conde en la causa “Spisso” y TSJ *in re* “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, resolución del 9/3/2005, ya citados.

La regulación peticionada debe efectuarse de conformidad a las pautas cualitativas fijadas por el art. 6° *idem* dado el carácter abstracto y la ausencia de contenido económico de la acción prevista en el art. 113, inc. 2°, de la CCBA (conf. este Tribunal, *in re* “Fiore, Savino Enrique c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 143/99, resolución del 14/6/2000), y en atención a que los Dres. Cristina Navazo y Oscar E. Giglio —procurador y patrocinante del Gobierno de la Ciudad en esa instancia— no han solicitado la regulación de honorarios por sus actuaciones anteriores, presumiblemente debido a lo dispuesto en los art. 2° de la ley 21.839 y 25 de la ley 402.

3. En el mismo sentido la CSJN tiene dicho que la regulación no depende exclusivamente del importe del litigio o de las escalas pertinentes, sino de todo un conjunto de pautas previstas en los regímenes respectivos, que pueden ser evaluadas por los jueces con un amplio margen de discrecionalidad, entre las que se cuentan la naturaleza y complejidad del asunto, el mérito de la tarea, la calidad, eficacia y extensión del trabajo (conf. *Fallos* 257:142; 296:124; 302:534, entre otros).

Sobre la base de tales razones, y de acuerdo con lo dispuesto por el art. 6º, incs. b) a f), 9º y 10 de la ley 21.839, corresponde establecer que los honorarios por el patrocinio letrado en la acción de inconstitucionalidad se habrían determinado hipotéticamente en la suma de \$ 4.000 (pesos cuatro mil) para el letrado patrocinante —Dr. Oscar E. Giglio. A su vez, para la apoderada — Dra. Cristina Navazo, hubiera debido regularse el 40 % del monto otorgado al patrocinante, es decir, un total de \$ 1.600 (pesos mil seiscientos).

4. Ahora bien, el art. 14 de la ley citada establece que el arancel que corresponde a la segunda o ulteriores instancias se fija entre el 25 y el 35 % de la primera o única instancia.

Si tenemos en cuenta las razones por las que se denegó la concesión del recurso (fs. 143/162), la extensión argumental de la contestación del traslado (véase fs. 130/141), y también que esos argumentos fueron sólo en alguna medida acogidos por el tribunal para rechazar el recurso, que el recurso extraordinario intentado no revelaba una extraordinaria complejidad y que la resolución sobre la admisibilidad de ese recurso carece de trascendencia moral y económica (véase ley 21.839, art. 6º) para las partes, estimo que es correcto regular los honorarios de la letrada patrocinante en la suma de \$ 1.200 (pesos mil doscientos) y de la apoderada en \$ 480 (pesos cuatrocientos ochenta), importes acordes a lo establecido por el art. 14, L.A., con más el IVA, si correspondiere (*Fallos*, 316:1535)

Los jueces ANA MARÍA CONDE, LUIS F. LOZANO y ALICIA E. C. RUIZ dijeron:

Adherimos al voto de los jueces José O. Casás y Julio B. J. Maier.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Regular* en la suma de \$ 1.200 (pesos mil doscientos) los honorarios de la abogada Alejandra Tadei y en la suma de \$ 480 (pesos cuatrocientos ochenta) los honorarios de la abogada Cecilia Salem, con más el Impuesto al Valor Agregado de resultar responsables del tributo las apun-

tadas letradas, ambos importes y conceptos por la actuación que desarrollaron en el recurso extraordinario rechazado.

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

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

XLIII

“MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSOR OFICIAL
EN LO CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 1
S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD
DENEGADO, EN ‘ONISZCZUK, CARLOS ALBERTO
S/INF. LEY 255 —APELACIÓN”

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL. INADMISIBILIDAD:

Cuestión federal. Interpretación de normas

locales. Arbitrariedad de sentencia. Gravamen irreparable

Expte. nº 3726/04 - 26/5/2005

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El defensor general de la Ciudad interpuso recurso extraordinario federal (fs. 75/91 vta.) contra la sentencia dictada con fecha 30/3/2005 (fs. 65/72) mediante la cual el tribunal resolvió declarar admisible la queja interpuesta a fs. 35/55 por la defensa de Carlos Alberto Oniszczuk y rechazar el recurso de inconstitucionalidad obrante a fs. 563/574 de los autos principales.

El recurrente solicitó la apertura de la vía extraordinaria federal en razón de considerar que la sentencia en cuestión resulta arbitraria y que la interpretación del art. 31 del Cód. Contrav. realizada en ella por la mayoría vulnera el principio de legalidad, el derecho a ser juzgado en un plazo razonable y el principio de inocencia.

2. El señor fiscal general, al contestar la vista, se pronunció por la declaración de inadmisibilidad del recurso intentado (fs. 93/5).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso extraordinario federal deducido a fs. 75/91 vta. ha sido interpuesto en tiempo oportuno, por escrito ante el tribunal superior de la causa y se articula contra una sentencia que en el ordenamiento local reviste carácter definitivo (art. 14, ley 48, y arts. 256 y 257, CPCCN). Sin embargo, no puede prosperar.

2. Obsta en primer lugar a la procedencia del recurso extraordinario federal la falta de una crítica concreta, completa y razonada de los argumentos que fundaron la sentencia recurrida. En efecto, en un escrito confuso —que incluso menciona doctrina extranjera sin traducir ni indicar si existe tal bibliografía en español— pretende desvirtuar la interpretación que hace el tribunal del art. 31 de la ley 10 mediante un análisis parcial de los fundamentos del fallo, sin establecer una conexión entre la decisión y los principios constitucionales de legalidad, inocencia y derecho a un proceso de duración razonable que alega controvertidos.

Por otra parte, de la lectura del recurso se advierte que la defensa sustenta su posición en una discrepancia de criterio con el alcance atribuido por la mayoría del tribunal respecto del funcionamiento de la prescripción contravencional en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, materia que involucra la interpretación de normas locales y que, por ello, no resulta susceptible de cuestionamiento mediante el remedio federal. La CSJN ha establecido en constante jurisprudencia que: “Cuando se trata de interpretar normas y actos locales se encuentra excluida la existencia de cuestión constitucional, por lo que el alcance que den las provincias a sus leyes locales no es susceptible de revocación mediante el remedio federal” (“Transporte 22 de Septiembre SAC c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte n° 141/99, sentencia del 9/3/2000).

3. En cuanto a la tacha de arbitrariedad de la sentencia de fs. 65/72, el tribunal ha establecido que ésta debe ser apreciada estricta y restrictivamente, pues, según lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la doctrina de la arbitrariedad atiende a cubrir casos de carácter excepcional (*Fallos*, 312:246, 389, 608, entre otros) y no tiene por objeto corregir fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende sólo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema cuando a causa de ellos esos fallos quedan descalificados como actos judiciales válidos (*Fallos*, 294:376).

La decisión en cuestión ha sido debidamente fundamentada y las consideraciones del recurrente a este respecto no constituyen más que meras

discrepancias con los razonamientos y la solución de la sentencia que intenta objetar. Por lo tanto, en relación con este motivo de impugnación el recurso debe ser rechazado.

Por los razones expuestas voto por rechazar el recurso extraordinario federal interpuesto por el defensor general.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El recurso extraordinario federal deducido a fs. 75/91 vta. cumple con los requisitos formales exigidos en tanto ha sido interpuesto en tiempo oportuno, por escrito ante el tribunal superior de la causa y se articula, a su vez, contra una sentencia que reviste el carácter de definitiva (conf. art. 14, ley 48 y arts. 256 y 257, CPPN). Asimismo, el recurso contiene un relato pormenorizado de los hechos de la causa y desarrolla una crítica razonada de los argumentos que fundaron la sentencia que se impugna.

2. Mi opinión acerca del problema planteado por el recurso extraordinario federal consta a fs. 65/72. En este sentido, y por la misma razón por la que consideré que la queja deducida contra la denegación del recurso de inconstitucionalidad debía ser admitida ante estos estrados (*superación del plazo razonable de duración del proceso contravencional*) entiendo, en esta oportunidad, que el recurrente introdujo, válidamente, una cuestión federal. En efecto, el recurrente logra en su presentación articular con éxito un caso constitucional al controvertir la interpretación, efectuada en este proceso, del art. 31 de la ley 10 en función del derecho de todo imputado en proceso penal —contravencional— a un juicio rápido, reconocido en los tratados internacionales de derechos humanos (arts. 7º, inc. 5º, y 8º, inc. 1º, CADH y 14, inc. 3º, c], PIDCP, incorporados a la C.N. por su art. 75, inc. 22).

3. Por otra parte, y en cuanto a la tacha de arbitrariedad de la sentencia dictada por este Tribunal, coincido con las consideraciones efectuadas por la señora jueza de trámite en el punto 3 de su voto.

Por las razones expuestas, voto por conceder el recurso extraordinario federal deducido por el defensor general, con los alcances que preciso en los párrafos anteriores

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

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

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso extraordinario federal interpuesto por el señor defensor general a fs. 75/91 es admisible. Es deducido contra una resolución (del

30/3/2005), dictada por un tribunal de justicia, en un juicio que aborda una cuestión justiciable, actual y que causa un gravamen irreparable.

Contiene además un relato de los hechos relevantes de la causa, y desarrolla una crítica razonada de los argumentos que fundaron la sentencia recurrida.

2. El recurrente válidamente ha introducido una cuestión federal que guarda relación directa con la resolución de la causa porque remite a la constitución válida del proceso (presupuesto procesal de competencia del tribunal), y a garantías procesales tuteladas por la Constitución Nacional y por los instrumentos internacionales mencionados en el art. 75 inc. 22 de la C.N.

En efecto, el señor defensor logra en su presentación articular con éxito dicha cuestión al controvertir la interpretación del art. 31 de la ley 10 efectuada en autos con el principio de legalidad, el de inocencia y el derecho a un proceso de duración razonable, todos ellos incluidos en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales de derechos humanos de igual jerarquía por él mencionados. Corresponde entonces conceder el recurso extraordinario interpuesto.

3. Por lo expuesto considero que corresponde declarar admisible el recurso extraordinario federal planteado por el señor defensor general contra lo decidido por la resolución de fecha 30/3/2005.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Si bien el recurso extraordinario federal (fs. 75/91) fue interpuesto en tiempo y forma, en lo relativo a la inconstitucionalidad del art. 31 de la ley 10, único planteo de índole federal que contiene, carece de la fundamentación necesaria a la luz de lo que dispone el art. 15 de la ley 48. El recurso se centra en los ataques contra la interpretación del art. 31 de la ley 10 que formuló el tribunal en razón de la competencia que tiene reconocida por el art. 31 *in fine* de la ley 402, y no son más que meras discrepancias en cuanto al alcance de normas locales, cuya inteligencia, por ende, sólo compete a los jueces de esta jurisdicción. Todo ello conforme a las consideraciones hechas por el señor fiscal general en su dictamen (93/95), a las cuales me remito.

2. Por ello, conforme lo dictaminado por el señor fiscal general, voto por denegar el recurso extraordinario interpuesto por el señor defensor general.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el fiscal general, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal interpuesto a fs. 75/91 vta. por el defensor general de la Ciudad.

2º. *Mandar* se registre, notifique y, oportunamente se devuelva a la Sala I de la Cámara Contravencional para ser agregado al expediente principal.

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

XLIV

“KIM, IN JUNG S/QUEJA POR RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN:
‘KIM, IN JUNG S/ART. 74 DEL CÓD. CONTRAV.’”

RECURSO DE QUEJA: Recurso de inconstitucionalidad. Admisibilidad parcial. Prueba de alcoholemia. Nulidad de la resolución absolutoria. Tramitación de un nuevo proceso. Sentencia equiparable a definitiva. Garantía de *ne bis in idem*. Perjuicio de imposible reparación ulterior. Arbitrariedad de sentencia. Garantía de la doble instancia. Juez natural. Garantía contra la autoincriminación

Expte. n° 3790/05 - 1º/6/2005

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

I. La defensa de In Jung Kim interpuso, a fs. 34/45 vta., un recurso de queja contra la decisión de fecha 27/12/2004 (fs. 31/2 vta.), por la que la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad presentado contra la decisión que, frente a un recurso fiscal, dispuso:

- a)* revocar la sentencia recurrida en cuanto declaraba la nulidad del procedimiento de la prueba de alcoholemia practicada a la imputada en autos;

- b) declarar la nulidad del pronunciamiento recurrido en cuanto absolvía a la encartada; y
- c) el reenvío a primera instancia para que se celebre un nuevo juicio en el juzgado que se desinsacule.

2. En el recurso de inconstitucionalidad, la defensa había planteado los siguientes agravios:

- a) arbitrariedad en la decisión impugnada;
- b) interpretación restrictiva del art. 18 de la C.N. y del art. 10 de la Constitución local con relación a la prueba de alcoholemia; y
- c) violación de la garantía de *ne bis in idem* por el reenvío ordenado.

3. El señor fiscal general adjunto solicitó al tribunal que rechazara el recurso de queja presentado por considerar que no se dirigía contra una decisión de carácter definitivo.

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. La queja fue presentada en término y conforme las exigencias formales del art. 33 de la ley 402.

2. Los agravios constitucionales orientados a demostrar una interpretación restrictiva del art. 18 de la C.N. y del art. 10 de la Constitución local a la hora de valorar una prueba de alcoholemia y la violación de la garantía de *ne bis in idem* por haberse dispuesto un reenvío en el caso, no pueden prosperar. Tal como lo sostiene en su dictamen el señor fiscal general adjunto, doctor Luis Jorge Cevasco (obstante a fs. 53/54), no se corrobora en la especie la existencia de sentencia definitiva o equiparable a tal. En efecto, la decisión que se objeta no pone fin al pleito ni impide su tramitación. Tampoco se ha demostrado que la misma produzca un perjuicio de imposible reparación ulterior por el sólo hecho de existir un reenvío. No existe en la causa ningún pronunciamiento jurisdiccional firme que disponga una condena o una absolució. Además, tampoco se constatan repetidos intentos de persecució más allá de lo previsto legalmente. La Cámara, en definitiva, concluyó que correspondía “remitir los actuados a primera instancia a fin de que se sustancie un nuevo juicio valorando debidamente la prueba nulificada por el magistrado de grado” (fs. 83 vta., autos principales). Si en el marco del proceso que se sustanciará a partir del reenvío el defensor considera que existe una violación a las garantías constitucionales antes aludidas, o a otras, nada le impedirá sostener sus agravios hasta esta instancia.

3. No obstante, en esta oportunidad, la defensa aporta determinados argumentos que permiten corroborar la insuficiencia de una reparación ulterior, al menos en lo que hace a la objeción respecto del reenvío dispuesto por la sentencia de la Cámara *para que se sustancie un nuevo juicio*, con fundamento en el derecho del justiciable a transitar un proceso que no se extienda más allá de lo razonable (doctrina de la CSJN en *Fallos*, 272:188). De lo contrario, podría concluirse que el perjuicio concreto que la recurrente desea evitar ya se habría soportado y, por consiguiente, la impugnación podría considerarse tardía. Dado que la sentencia de la alzada ordenó “se sustancie un nuevo juicio” y dispuso apartar de la causa al magistrado de grado que había absuelto a la imputada (puntos II y III de la parte resolutive, fs. 84 vta., autos principales), corresponde ponderar en este momento los argumentos que respaldan tal decisión, con la finalidad de establecer si el proceso, dadas las particularidades de la causa, se extenderá o no más allá de lo admisible. Por ello, el recurso de inconstitucionalidad y la queja que lo sostiene objetan una decisión que resulta equiparable a definitiva al menos en este aspecto y con el alcance consignado.

4. Así, respecto del agravio vinculado con el menoscabo al derecho de defensa en juicio que genera la decisión de la Cámara en cuanto dispone el reenvío del expediente a un nuevo juzgado de primera instancia con el objeto de que se realice *un nuevo juicio*, considero que los argumentos del recurrente deben ser atendidos de manera parcial. En el voto del señor juez preopinante, al cual adhieren los colegas de Sala, se expresa que “corresponde revocar el punto I del resolutorio del juez de grado que había resuelto declarar la nulidad del test de alcoholemia” y “siendo que dicha prueba no ha sido merituada por el Magistrado de Grado a fin de fundar la sentencia absolutoria corresponde asimismo declarar la nulidad del punto II de la sentencia” —que disponía la absolución— (véase fs. 83 vta., autos principales). En definitiva, la Cámara resolvió que la declaración de nulidad del test de alcoholemia por parte del juez de grado había resultado desacertada toda vez que no se advertía que la imputada hubiera sufrido un menoscabo en su derecho de defensa con motivo de haber sido objeto de dicha comprobación en la vía pública. En consecuencia, el tribunal *a quo* dispuso declarar la nulidad del resolutorio recurrido en cuanto absolvía a la imputada.

Desde esta óptica, considero que la orden de remisión del proceso a un *nuevo juez* para que se tramite un *nuevo juicio* (véase fs. 84, autos principales) no aparece fundada de manera suficiente toda vez que el único cuestionamiento que la Cámara formuló a la sentencia de primera instancia se vincula con la interpretación de ciertas reglas de derecho (de

raigambre constitucional) a la hora de valorar un elemento probatorio. En suma, no se ha fundamentado por qué razón la imparcialidad del juez de grado se vería comprometida seriamente a punto tal de impedirle fallar con arreglo a lo dispuesto por la Alzada. Además, existen diversos aspectos de la decisión revocada que han devenido firmes. Por lo tanto, una remisión como la dispuesta por la Cámara conspiraría contra las reglas vinculadas con la garantía de la defensa en juicio que oportunamente fueron alegadas por la parte recurrente (*Fallos*, 272:188). Prosperan, entonces, aunque de manera parcial, el recurso de inconstitucionalidad y la queja interpuestas.

5. La recurrente, además, sostiene que la sentencia impugnada es arbitraria debido a que la misma carece de motivación en razón de no haber tratado ciertas cuestiones propuestas (facultades recursivas del Ministerio Público Fiscal, nulidad de un procedimiento masivo de determinación de alcoholemia). En este punto, también comparto las expresiones vertidas por el señor fiscal general adjunto en su dictamen (fs. 53 vta.). La quejosa sólo discrepa con los argumentos del *a quo* que, más allá de su acierto o error, se exhiben como desarrollados de manera suficiente para calificar al pronunciamiento como una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias comprobadas de la causa. Este tribunal ha dicho desde antiguo 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 *CyJ, Fallos TSJBA*, I-1999, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 282 y ss., entre otros]. Al respecto, el tribunal cimero ha establecido que “(l)a doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados o que se reputan tales, sino que tiende 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*, 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 608 y 323:2196, entre otros). Además, el tribunal ya tiene dicho que, con relación a la arbitrariedad, el carácter de sentencia definitiva no puede ser soslayado ni aún bajo la invocación de vulnerarse garantías constitucionales (conf. *TSJ in re* “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Obra Social para la Actividad Docente (OSPLAD) c/GCBA s/ejecución fiscal — otros’”, expte. n° 1895/02, resolución del 7/5/2003; “Metrovías S.A.

s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Metrovías S.A. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 2272/03, resolución del 3/9/2003). En este mismo sentido, la CSJN ha establecido desde antiguo que “(l)a invocación de la arbitrariedad o el desconocimiento de garantías constitucionales no autoriza a prescindir de la existencia de pronunciamiento definitivo” (*Fallos*, 267:484; 302:417; 304:749; 304:1717; 306:1679; 312:311).

Por las consideraciones expuestas, corresponde:

- a) declarar parcialmente admisibles la queja y el recurso de inconstitucionalidad interpuestos por la defensa de In Jung Kim; y
- b) revocar la decisión de la Cámara en cuanto dispone la remisión de la causa a un nuevo juez para que se sustancie un nuevo juicio y, en consecuencia, disponer que en la forma de estilo se devuelva el expediente al juzgado de primera instancia que resolvió el caso para que se prosiga con el trámite del proceso.

Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Adhiero a la solución propuesta por el juez de trámite, Dr. José O. Casás, por los fundamentos que expondré a continuación.

2. La queja ha sido interpuesta en tiempo y forma, con el debido fundamento y se plantea contra una decisión del superior tribunal de la causa.

3. La defensa se agravia de la sentencia de la Cámara en cuanto sostiene la validez constitucional de la prueba de alcoholemia, practicada a partir de la medición del aliento, a la que la defensa calificó de autoincriminatoria y porque considera arbitrario el fundamento sobre cuya base se tuvo por consentido por la recurrente dicho test. Además, la recurrente se agravia porque la nulidad de la sentencia, unida al reenvío a un juez distinto, importa violar la garantía del *ne bis in idem* y el derecho a un juicio razonablemente rápido.

Empero, la sentencia apelada no es la que pone fin al pleito, por lo que no es, como principio, apelable ante este Tribunal. Sin embargo, el último de los agravios reseñados (violación de la garantía del *ne bis in idem* y derecho a un juicio razonablemente rápido) persigue el reconocimiento de un derecho sólo susceptible de tutela inmediata, razón que impone equipararla a definitiva, en lo que hace al tratamiento de ese agravio, tal como lo hizo la CSJN *in re* “Polak” (*Fallos*, 322:2826). En este sentido, la CSJN también sostuvo, en el precedente “Justiniano Luis Pereyra” (*Fallos*, 248:232), que “[l]a sentencia emanada del superior tribunal de la

causa que condenó al acusado [...] es también definitiva en cuanto ordena la formación de nuevo proceso [...] porque el agravio de irreiterabilidad de procesamiento [...] estaba ya entonces plenamente configurado”.

En cuanto a la arbitrariedad alegada por la defensa, tal como ha dicho la CSJN en numerosos pronunciamientos, ella no suple la ausencia de sentencia definitiva, o equiparable a tal, a los fines del otorgamiento del recurso extraordinario, doctrina que *mutatis mutandis* corresponde aplicar al caso (*Fallos*, 304:749, 304:1717, 306:1679, 312:311, entre otros).

4. El fallo apelado revisa el de primera instancia en cuanto aquel desestima la medición de alcoholemia por inconstitucional, y dispone, sobre esa base, anular la sentencia y remitir el expediente para que se sortee a qué juzgado corresponderá tramitar un nuevo proceso, y dictar un nuevo pronunciamiento, adoptando en él el criterio sentado por la Cámara en lo relativo a la citada prueba de alcoholemia. La defensa considera que este reenvío implica una “lesión a la garantía contra la doble persecución penal (*ne bis in idem*)” (fs. 39 vta.).

La revisión del fallo de primera instancia, en el aspecto indicado *supra*, ha tenido lugar en el marco del recurso reglado por los arts. 50 y 51 de la ley 12, cuya constitucionalidad no ha sido materia de agravio en esta instancia. El segundo de ellos daba, a la Cámara, oportunidad de dictar nueva sentencia sobre el fondo de la cuestión, lo que habría aliviado al recurrente en lo que hace a la prolongación del proceso. Sin embargo, no se agravia de que la Cámara no lo haya hecho así, por el contrario, su planteo relativo al alcance de la garantía de doble instancia (introducido en el recurso ordinario de apelación del art. 50 de la ley 12 y abandonado en el posterior de inconstitucionalidad) conduce a que la segunda instancia no pueda pronunciar de modo directo más que una absolución o, al menos, una decisión no condenatoria, lo cual abre tan sólo dos caminos: reenvío o imposibilidad de recurso fiscal contra la sentencia de primera instancia. Este último planteo no está formulado en esta instancia y, por otra parte, no es idéntico a aquel otro según el cual la garantía de la doble instancia importa que la condena debe ser confirmada por un tribunal de alzada, al menos no estrictamente, aun cuando es una forma de ponerlo en acto.

Ello sentado, corresponde considerar la situación de autos dentro del cauce del recurso. En dicho marco, no es dudoso que, una vez anulada la sentencia, compete a la primera instancia retomar la causa y fallarla. Empero, ello no significa ni que deba hacerlo otro juez, ni que el proceso deba ser retramitado íntegramente. El fallo absolutorio de primera instancia fue anulado porque la Cámara decidió que no era correcta la inter-

pretación constitucional que fulminaba la prueba de alcoholemia, no por defectos lógicos del fallo que hagan suponer que ese magistrado esté impedido de obrar en condiciones que no pongan a las partes en situación de no confiar plenamente en su objetividad. Más aún, la totalidad de los juicios emitidos en su pronunciamiento, con excepción del relativo a la prueba de alcoholemia y las consecuencias que su admisión proyecte sobre otros aspectos de lo decidido, se encuentran firmes, y nada mejor, para el mantenimiento de esos criterios, que el mantenimiento, al frente de la causa, de quien los emitió válidamente. Con mayor razón, teniendo en consideración el estado de las actuaciones, a partir de lo que aquí se resuelva, en cuanto sólo resta al magistrado de primera instancia dictar sentencia. Vale señalar a este respecto que el art. 13, inc. 3º de la CCBA garantiza al procesado que su destino quede sujeto a un juez cuya selección provenga de la aplicación de leyes generales y anteriores al hecho materia de la litis; no puede estar supeditado a la discreción de órgano alguno, ni aun la del tribunal de alzada. No se discute en el *sub lite* que el magistrado que dictó la decisión anulada fue aquel que correspondía con sujeción a las normas que cumplen con la regla del citado art. 13. Discrepar con el criterio de la alzada respecto de la interpretación del derecho no constituye un supuesto de sustitución contemplado en la ley. En particular, no se trata de un magistrado que haya incurrido en prejuzgamiento, puesto que ha emitido su pronunciamiento en la oportunidad en que debía hacerlo y de modo válido en todo aquello no revisado por la Cámara, directamente o por implicancia. Su futura decisión no está teñida por la sospecha que pesa sobre quien se pronuncia arbitrariamente. La misión que sobre él pesa, a saber, disponer todas las modificaciones que deriven de la doctrina establecida por la Cámara, y solamente esas, es idéntica a la que pesará sobre cualquier juez que lo sustituyese, y nadie mejor que él para preservar lo que deba ser preservado. En tales condiciones, la tendencia a mantener su primitivo criterio en todo lo no modificado por la Cámara, que podría alguien conjeturar, no supone más que cumplir con lo que la CCBA y la ley manda: la causa debe ser resuelta por ese juez, que es el *juez natural* de la causa.

Las razones que la Cámara puso en juego para revocar tampoco imponen la necesidad de reproducir el proceso. Consecuentemente, anularlo implica violar la garantía al proceso razonablemente rápido que aseguran la Constitución Nacional la CCBA y la CADH. En este sentido la CSJN sostuvo, en el precedente “Mattei” (*Fallos*, 272:188), que “debe reputarse incluido en la garantía de la defensa en juicio consagrada en el art 18 de la C.N. el derecho de todo imputado a obtener —luego de un juicio tramitado en legal forma— un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y la sociedad ponga término, del modo más rápido posible a la

situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal”. No se me escapa que, habida cuenta del tipo de proceso que la ley 12 ha diseñado, en cuyo marco la oralidad es eje, es posible conjeturar dificultades para emitir sentencia, nuevamente, sobre la base de un conocimiento de lo ocurrido que no precede inmediatamente a la decisión. Sin embargo, no bastan las conjeturas para someter al procesado a revivir el proceso, máxime cuando esa reiteración lo sujeta a un posible incremento del riesgo, en este aspecto, ya corrido. Nadie en mejor situación que las partes y el juez que interviene en la causa para decidir acerca de estas hipotéticas dificultades, si las hubiere.

El criterio que guió mi voto *in re* “Ministerio Público —Defensoría Contravencional y de Faltas N° 3— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Montero Montero, María Nela s/infracc. art. 71 —apelación’”, expte n° 3739 parte de la inconstitucionalidad de las medidas que sometan al imputado a un aumento del riesgo, tal como ese riesgo fue definido por el legislador, con el límite de las garantías constitucionales, y, además, la inconstitucionalidad de aquellas otras que, aun cuando no lo agraven, dilaten irrazonablemente el proceso. En el caso de autos no es previsible, a diferencia de lo que en aquel otro ocurría, un aumento del riesgo en tanto el reenvío sea al mismo juez, para que falle conforme a la interpretación legal adoptada por la Cámara, pero sin retrotraer automáticamente el proceso, esto es, sin brindar nuevas oportunidades a la reunión de prueba, cuya recepción fue completada sin vicio constatado por los jueces. Es ese el riesgo que definió el legislador para juzgar al imputado, sin que la ley misma esté cuestionada por imponer la reproducción de un acto que, aunque válido, resultase de resultado insatisfactorio para el progreso de la acusación.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Parto de la base de que la queja y el recurso de inconstitucionalidad fueron interpuestos tempestivamente, bajo la forma y ante la autoridad competente para recibirlos (arts. 33 y 27 de la ley local 402).

I. Frente al tratamiento “a bulto” que el recurso de queja contiene, en el lugar en el cual critica la falta de concesión del recurso por el autor de la sentencia recurrida, me parece necesario, como primer punto, aclarar aquello que comprendo de él.

La Cámara ha rechazado el recurso, básicamente, porque lo decidido por ella no constituye una *sentencia definitiva* —ni equiparable a tal— y tal juicio comprende a los tres motivos principales del recurso de inconstitucionalidad, a saber:

- a) lesión del principio constitucional que permite sólo una única persecución penal y prohíbe la persecución penal múltiple (*ne bis in idem*: art. 8º, inc. 4º, CADH; art. 14, inc. 7º, PIDCP y art. 75, inc. 22, C.N.);
- b) sentencia infundada (*arbitrariedad*) por motivación insuficiente, tan sólo aparente, equiparable a la ausencia de fundamentación, en tanto no toma a su cargo —omisión— la refutación de los argumentos defensivos, en especial, la validez de la prueba de alcoholemia y no se pronuncia respecto de la inconstitucionalidad del art. 50 de la L.P.C., en tanto concede un recurso contra la sentencia absolutoria a la fiscalía (art. 8º, inc. 2º, h, CADH; art. 14, inc. 5º, PIDCP, y art. 75, inc. 22, C.N.); y
- c) lesión a la garantía contra la autoincriminación (*nemo tenetur*: art. 18, C.N., y art. 10, CCBA,), en tanto la sentencia de Cámara concede validez a la prueba de alcoholemia.

2. El recurso de queja debe ser admitido, pero sólo parcialmente. Para los motivos desarrollados anteriormente bajo los puntos b y c resulta correcto afirmar que no existe sentencia definitiva, pues, a pesar de que se trata, como veremos, de la sentencia final después de un juicio íntegro, la decisión de la Cámara no resuelve el caso por condena, ni por absolucón, resultado en el cual estriba su principal error. De tal manera es correcto afirmar que si el nuevo juicio que dispone la Cámara frente al recurso de la fiscalía termina en absolucón, los defectos de procedimiento, cualquiera que sea su índole, quedarán automáticamente solucionados (subsanados) por sí mismos. Y ello es así por encima de la discusión sobre el concepto de *arbitrariedad* y sobre el contenido del *nemo tenetur se ipse accusare*. A este respecto, el recurso de queja no triunfa, la Cámara tiene razón práctica y el recurrente no puede venir con estos agravios, al menos ahora, ante el Tribunal: no son, en el sentido, expresados, agravios “actuales”; no lo han condenado todavía.

3. Pero ya he expresado antes de este fallo que existen reglas constitucionales de garantía que exigen una valoración anticipada, mientras está en curso el procedimiento penal, pues su propio texto así lo requiere (conf. “Clínica Fleming s/recurso de inconstitucionalidad concedido en ‘Clínica Fleming s/art. 72, Cód. Contrav. —incidente clausura— apelación’”, expte nº 1215/01, resolución del 19/12/2001). Resulta muy sencillo de apreciar este requerimiento en la cláusula que impone la necesidad de un límite temporal para la persecución penal (*plazo razonable de duración del procedimiento penal* o *derecho a un juicio rápido*). A manera de ejemplo, pues éste no es aquí el problema planteado por el recurrente, resulta fácil

observar que, cualquiera que sea ese *plazo razonable*, expresado en horas, días, meses o años, la persecución penal no podría subsistir por encima de él, a pesar de que no se haya arribado a la solución del caso (absolución o condena) —conf. PASTOR, Daniel R.: *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, cap. V, 3, pp. 540 y ss.

Y lo mismo sucede con la verificación del *bis in idem*, pues, si él ha ocurrido, por agotamiento formal de la persecución penal única, esto es, por el trascurso de todo el procedimiento, éste no podrá ser renovado maguer la equivocación del tribunal en la solución del caso. De este modo y a este respecto, el recurrente ha presentado un verdadero caso constitucional, contra una sentencia que él considera con razón como definitiva, pues allí debió cerrarse la persecución penal y no reabrirse el procedimiento, como lo dispone la Cámara. Propongo, entonces, aceptar la queja y abrir el recurso de inconstitucionalidad parcialmente, para examinar si, como lo afirma el recurrente, la nueva persecución penal ordenada por la Cámara es legítima o ilegítima.

4. El art. 50 de la L.P.C. (ley local 12) establece un *recurso de apelación* contra la sentencia del juez contravencional, razón de ser de la existencia de la Cámara Contravencional en la particular organización jerárquica de tribunales tradicional en el país y, por ende, en la ley local 7. Más allá de discutir acerca de si ese recurso le pertenece o no le pertenece a la fiscalía, conforme al principio del derecho al recurso del acusado —cuestión que no integra esta decisión, conforme a lo expuesto en el punto 2—, lo cierto es que ese recurso significa la necesidad de una doble valoración del asunto por parte de los tribunales, esto es, de que la Cámara proceda a estudiar nuevamente el caso desde todos sus aspectos, por supuesto, en los límites del recurso interpuesto, para dictar una sentencia que confirme —incluso parcialmente— la del juez contravencional o, por lo contrario, la revoque y dicte aquella que es su opuesta contradictoria. Incluso esa significación puede conducir a una nueva audiencia pública, en el caso de que el recurrente la solicite y sea necesaria (p. ej.: para escuchar a un nuevo testigo que no compareció en primera instancia y puede comparecer actualmente), cuestión que no importa al objeto de este recurso. Después de este nuevo procedimiento y de esta nueva valoración del asunto, el tribunal de apelación debe resolver el caso por medio de una sentencia material.

Esto no es lo que ha hecho la Cámara, que se ha limitado a criticar la sentencia de primera instancia, sobre todo en lo que se refiere al valor de un elemento de prueba (peritación sobre alcoholemia). La decisión, por lo tanto, no pretende culminar el procedimiento de mérito, sino, por lo con-

trario, pretende recomenzarlo porque, al parecer, no le gusta —o no le gusta íntegramente— la sentencia del juzgado contravencional al que pretende instruir —en la persona de otro juez que lo represente— para que dicte una nueva sentencia conforme a sus valores. Ello es inaceptable y configura en el caso, como lo expresa el recurrente, una lesión a la regla de garantía que pretende impedir la múltiple persecución penal (*ne bis in idem*). El error en el cual ha incurrido la Cámara al considerarse un tribunal de casación puro y, en consecuencia, no fallar materialmente el asunto, sino reenviarlo para un nuevo procedimiento, no puede ser puesto en cabeza del imputado, obligándolo a soportar un nuevo procedimiento de persecución penal, cuando el primer procedimiento, como se ha visto, ha finalizado. El hecho de que, lamentablemente, el proceso no termine con una sentencia material, esto es, de absolución o de condena, debido al error señalado, no autoriza a duplicar el procedimiento —*bis in idem*—, razón por la cual él debe concluir ahora por una resolución de archivo, similar a la que autoriza el art. 39 de la L.P.C., aunque con carácter de *cosa juzgada* —efecto de clausura que no permite su reapertura—, o de sobreseimiento, si se quiere aplicar los arts. 343 y 336, inc. 1º, del CPPN, a través del art. 6º de la L.P.C. Lo único cierto, entonces, es que el procedimiento no puede ser renovado, según lo busca el defensor, y la acusada ha quedado fuera de la persecución penal por el hecho (algo así como *desprocesada*).

5. Por ello, yo postulo esta última solución, esto es, el sobreseimiento de In Jung Kim, en aplicación del art. 343 y 336, inc. 1º, del CPPN, a los que remite el art. 6º de la L.P.C. Sobre las costas no es preciso pronunciarse pues la defensa es oficial.

No emito opinión sobre el problema del depósito y su constitucionalidad en el caso, porque, al darle razón a la defensa, al menos parcialmente, estoy afirmando tácitamente que tuvo razón para recurrir.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero al voto del juez José O. Casás.

Considero que la solución que propone logra conciliar los principios constitucionales involucrados con los intereses en juego en la cuestión objeto de debate en este proceso; pues conduce al dictado de un pronunciamiento de mérito en un tiempo razonable, como será el que tome al magistrado de primera instancia que ya intervino en la causa el emitir sentencia teniendo en consideración lo decidido por la Cámara con relación a la prueba de alcoholemia.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Coincido con la opinión de mi colega Julio B. J. Maier. En efecto el recurso de queja obrante a fs. 34 sólo puede ser admitido parcialmente.

2. El agravio referido a la falta de fundamento de la sentencia de la Cámara (fs. 81 de los autos principales) por no haber considerado los argumentos defensivos —en especial aquellos relativos a la validez de la prueba de alcoholemia y a la inconstitucionalidad del art. 50 de la ley 12 en tanto concede recurso fiscal contra sentencias absolutorias—, no es actual dado no se ha producido una sentencia de condena y, por lo tanto, a los efectos de la actual instancia recursiva no se cumple con el requisito de sentencia definitiva. Lo mismo corresponde afirmar respecto del agravio referido a la violación de la garantía contra la autoincriminación.

3. Por el contrario, sí resulta procedente el agravio referido a la violación de la garantía de *ne bis in idem*. La solución adoptada por la Cámara, al nulificar la absolución y ordenar la sustanciación de un nuevo juicio, en lugar de resolver el fondo del asunto—tal como su amplia competencia se lo permitía— implica en la práctica el sometimiento de la Sra. Kim a un doble juzgamiento. Como bien señala la defensa a fs. 40, la garantía “no fue edificada para evitar la realización de dos juicios ‘válidos’ contra una misma persona”, sino para que las personas sometidas a proceso no queden libradas a una voluntad punitiva estatal ilimitada. En ese sentido, adhiero a los argumentos que de manera prístina desarrolla el juez Maier en los dos primeros párrafos del punto 4 de su voto, a los que por razones de brevedad me remito.

4. Voto en consecuencia por el sobreseimiento de la Sra. In Jung Kim (arts. 343 y 336, inc. 1º, CPPN por aplicación del art. 6º, ley 12).

Por ello, de conformidad con lo dictaminado en sentido concordante por el señor fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Declarar* parcialmente admisibles la queja y el recurso de inconstitucionalidad planteados por la defensa de In Jung Kim.

2º. *Revocar* la sentencia de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas, en cuanto dispone la remisión de la causa a un nuevo juez para que se sustancie un nuevo juicio.

3º. *Disponer* que la Cámara, en la forma de estilo, devuelva los autos al juez de primera instancia que intervino en el proceso para que prosiga su trámite.

4°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva el expediente remitido al tribunal junto con la presente queja a la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas.

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

XLV

“MIRCI, HILDA MARTHA C/GCBA S/EXPROPIACIÓN INVERSA. RETROCESIÓN”, Y SU ACUMULADO EXPTE. Nº 3602/04, “MIRCI, HILDA MARTHA C/GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN ‘MIRCI, HILDA MARTHA C/GCBA S/EXPROPIACIÓN INVERSA. RETROCESIÓN’”

RECURSO DE QUEJA: Recurso de inconstitucionalidad.

Admisibilidad parcial. Expropiación inversa.

Abandono. Prescripción. Caducidad. Caso constitucional.

Invocación genérica de garantías constitucionales. Derecho

común. Cuestiones de hecho y de prueba. Arbitrariedad de sentencia

Expte. nº 3668/04 - 1º/6/2005

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Hilda Martha Mirci, Estela María Mirci, Graciela Beatriz Mirci y Mario Ernesto Mirci, mediante apoderado, promovieron ante la Justicia Nacional en lo Civil una demanda por expropiación inversa, con respecto al inmueble de su propiedad sito en la calle Yerbal 763 de la Ciudad de Buenos Aires. Expresaron allí que, por medio de la ordenanza 43.622, el Concejo Deliberante de la Municipalidad de Buenos Aires declaró de utilidad pública ese inmueble, y lo sujetó al régimen de expropiaciones a efectos de construir en el predio una escuela primaria con jardín de infantes.

2. Luego de diversas vicisitudes procesales la causa se radicó ante la Justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de primera instancia. El juez de grado, en su sentencia, declaró la inconstitucionalidad del

art. 56 de la ley 21.499, rechazó la demanda incoada, ordenó a la demandada pagar la suma de cincuenta mil pesos (\$ 50.000) en concepto de resarcimiento e impuso las costas en el orden causado.

3. Llamada a decidir, la Sala I de la Cámara del fuero, resolvió: hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la parte demandada, revocar la sentencia apelada y rechazar la demanda por encontrarse prescripta la acción, e impuso las costas de ambas instancias por su orden (art. 62, párr. 2º, CCAyT).

4. Contra esa sentencia la parte actora interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 434/452 y vta.), el que fue contestado por el GCBA a fs. 461/468.

5. A fs. 470 y vta., el tribunal *a quo* concedió parcialmente el recurso de inconstitucionalidad únicamente en lo que se refiere a la interpretación constitucional de la ley 21.499, al tiempo que rechazó el remedio extraordinario con relación al planteo de arbitrariedad formulado por la parte recurrente.

6. A fs. 561/570 y vta. (foliatura del TSJ) la parte actora interpuso recurso de queja contra la providencia que le denegó el recurso de inconstitucionalidad por arbitrariedad que había deducido.

7. A fs. 601/605 (foliatura del TSJ) el señor fiscal general adjunto, llamado a dictaminar, propició el rechazo de los recursos de inconstitucionalidad y de queja articulados.

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Cabe señalar, inicialmente, que la Cámara, mediante su resolución del 15/11/2004, concedió parcialmente el recurso de inconstitucionalidad: “Únicamente en lo que se refiere a la interpretación constitucional de la ley 21.499”. No obstante, el examen de la causa conduce a la desestimación del recurso de inconstitucionalidad articulado (a pesar de tratarse de una impugnación opuesta contra una sentencia definitiva del superior tribunal de la causa), por no concurrir el recaudo legal de que “se haya controvertido la interpretación o aplicación de normas contenidas en las constituciones nacional o de la ciudad, o la validez de una norma o acto bajo la pretensión de ser contrarios a tales constituciones siempre que la decisión recaiga sobre esos temas” (art. 27, ley 402).

2. En efecto, la concesión del recurso sólo implica examinar el alcance que cabe otorgar a ciertos hechos, con base en determinadas normas

de la ley 21.499, esencialmente su art. 56 (conf. apart. II de la resolución del 15/11/2004), porque para fijar el inicio del cómputo de la prescripción a fin de demandar la expropiación irregular la Cámara se apartó del voto de mayoría en el precedente de la CSJN, recaído en la causa “Aranda de Camacho, Carlos c/Dirección Nacional de Vialidad s/expropiación irregular” (Fallos, 315:596), en cuanto determinó que los cinco (5) años del término de la prescripción para requerir la expropiación irregular (art. 56, cit.) se cuentan *a partir del momento en el que se paga la indemnización previa determinada en la sentencia definitiva del juicio de expropiación* (en igual sentido, en cuanto a la limitación de la materia sujeta a decisión del tribunal, se desenvuelve el escrito de interposición del recurso de inconstitucionalidad —conf., especialmente, fs. 442 y ss.—). La Cámara, a diferencia de la CSJN, sostiene que, *en casos como el de autos, la acción de expropiación irregular comienza a prescribir (art. 56, ley 21.499) el día en el que entra en vigencia la ley que afecta a utilidad pública al bien* —la bastardilla es propia.

Lo expresado es así porque, en la hipótesis que se verifica en la causa, la admisibilidad de la expropiación irregular del inmueble viene regida por el art. 51, inc. b), de la ley 21.499, conforme al cual: “Procede la acción de expropiación irregular en los siguientes casos: ...b) Cuando, con motivo de la ley de declaración de utilidad pública, de hecho una cosa mueble o inmueble resulta indisponible por evidente dificultad o impedimento para disponer de ella en condiciones normales”. Ello quiere decir que la admisibilidad de la acción de expropiación inversa se basa en las eventuales dificultades de su propietario o propietarios para haber dispuesto del inmueble en forma normal, derivada de una actuación estatal (local), no así porque el Estado local haya tomado posesión del bien (inc. 1º, art. 51, ley cit.), ni porque aquél haya realizado actos o hechos que importen una indebida restricción al dominio (inc. 3º, art. 51, ley citada). La parte recurrente no se hizo cargo de rebatir estas conclusiones del tribunal *a quo*, de manera de demostrar la existencia de una circunstancia jurídica diversa que posea carácter constitucional en este particular asunto, circunstancia por la que no desvirtuó el razonamiento que preside a la sentencia de Cámara y que puso en evidencia que la situación que se verifica en el *sub lite* no resulta similar a la constatada en el precedente de la CSJN antes citado y, por consiguiente, el plazo de prescripción de cinco años comenzó a correr a partir de la declaración de utilidad pública del inmueble (17/7/1989), razón por la que la interposición de la acción de expropiación inversa resulta tardía (1/2/1999).

3. Pero además, el meollo de la improcedencia del recurso de inconstitucionalidad reside en una doble y nada deleznable circunstancia. Por una

parte, que la controversia que pretende plantear la recurrente transita por el ámbito del derecho común (infraconstitucional) —incluidos, claro está, los supuestos de desacuerdo entre las partes con relación a la jurisprudencia aplicable al asunto—; por la otra, que para que el TSJ entienda acerca del recurso de inconstitucionalidad, debe verificarse una concreta violación a una norma de rango constitucional, hecho que en autos sólo podría ocurrir si de la tesis sostenida por el tribunal *a quo* se siguieran y demostraran agravios de aquella índole que afecten a la parte recurrente.

Es ésta la pauta que no rige el recurso bajo examen porque su contenido, además de disputar la intelección asignable a normas de carácter no constitucional, está dirigido, antes bien, a enumerar las consecuencias económicas que derivan y/o derivarían de una sentencia contraria a los intereses de la parte recurrente, pretendiendo que esas consecuencias confluyan a constituir un caso constitucional. Así, se arguyen cuestiones fácticas —bien que tardíamente, porque tales razonamientos sólo aparecen en el alegato— tales como: que la caducidad de la acción de retrocesión provoca que el inmueble carezca de utilidad y valor comercial, toda vez que la ordenanza 43.622/89 que lo declaró de utilidad sujeto a expropiación, se encuentra vigente; que no podrán hacerse modificaciones u obra nueva sin renunciar al mayor valor originado; que el abandono de la expropiación por parte de la autoridad pública es insuficiente si la publicidad catastral y restricciones dominiales se mantienen inalterables, todas cuestiones que constituyen argumentos conjeturales y fácticos, sin valor como impugnaciones de índole constitucional (además, la última de ellas, ya fue subsanada por la publicidad de la sentencia de Cámara en la Dirección de Catastro, según da cuenta la constancia de fs. 460 de autos).

Con toda propiedad el señor fiscal general adjunto trata el asunto cuando expresa que: “Al respecto, cabe señalar que, de las constancias que la causa arroja se advierte que los recurrentes no invocaron —en su escrito introductorio— ni menos aún demostraron —durante el desarrollo del proceso— en qué medida la ordenanza municipal, dictada hace más de quince años, les impide disponer del inmueble de su propiedad o restringe su derecho (de) dominio. Es más, la sentencia de Cámara, se encuentra inscripta por ante la Dirección de Catastro de la Ciudad de Buenos Aires cuyo diligenciamiento da cuenta la documentación agregada por la demandada a fojas 460 y, es suficiente para anotar a los terceros sobre el resultado del presente juicio y el abandono de la expropiación” (fs. 604 y vta., foliatura del TSJ).

4. Debe señalarse, entonces, que el recurso de inconstitucionalidad no logra conectar los agravios concretos que supuestamente le provoca la sentencia con un motivo de impugnación de carácter constitucional, esto

es —expresado de manera general—, con la aplicación de una norma que lesione una garantía constitucional referida directamente al caso. Ello significa que la parte recurrente no logró exponer fundadamente un caso constitucional, conforme lo establece el art. 27, ley 402, razón por la cual el último tribunal de mérito dictó la sentencia definitiva; el tribunal no tiene competencia para decidir cuestiones de mérito, relativas a los hechos y a su prueba, ni siquiera se puede extender a la interpretación de derecho infraconstitucional (común), mientras no se trata de decidir sobre su validez conforme a la impugnación concreta sobre la base de una regla constitucional invocada por el recurrente. La parte recurrente, so color de arbitrariedad en el fallo de la Cámara, se limitó a formular reproches sobre el modo en el que fueron apreciados los hechos, la prueba y las reglas parlamentarias sobre expropiación en la causa, así como incurrió en la mera enumeración de ciertas disposiciones constitucionales, sin vincular esos reproches con las menciones que realiza, de manera de establecer una verdadera cuestión constitucional (conf. este Tribunal *in re* “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Novik, Jorgelina Carla y Wlodkowsky, Irene c/GCBA s/amparo’”, expte. n° 1465/02, resolución del 24/4/2002; “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. n° 1309/01, resolución del 6/3/2002 y sus citas).

En suma, el recurso, si bien proclama en forma genérica la afectación de algunas garantías de raigambre constitucional (arts. 16, 17 y 18, C.N., arts. 10 y 13, inc. 3°, CCBA), no logra establecer la adecuada correspondencia entre los derechos cuya afectación invoca y el contenido de la sentencia de Cámara recurrida.

El tribunal ya ha expresado, reiteradamente, que la referencia ritual a derechos y/o principios constitucionales contenidos en el recurso, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente para fundar el recurso por inconstitucionalidad, ya que si bastara la invocación genérica de un derecho, principio o garantía de raigambre constitucional —como los aquí involucrados—, este Tribunal se vería convertido en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad, posibilidad inadmisible en el marco del recurso extraordinario local (conf. *CyJ, Fallos TSJBA*, II-2002, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 20 y ss., en: “Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja”, expte. n° 131/99, resolución del 23/2/2000; más próximo al momento actual: expte n° 1898/02, “‘Droguería Americana c/GCBA [resol. DGR-7346/91] s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR’ s/recurso de apelación ordinario”, sentencia del 17/11/2003, aún sin publicar).

5. El recurso de queja también interpuesto por la parte recurrente, con fundamento en la arbitrariedad de la sentencia, frente al rechazo parcial de su recurso de inconstitucionalidad, según resolución del 15/11/2004, fue deducido en tiempo y modo oportuno (art. 33, ley 402). Empero, él no puede tener acogida favorable. Ello es así porque el recurso de hecho, en sí mismo, carece de autosuficiencia, esto es, de una crítica concreta y específica del auto que denegó el recurso de inconstitucionalidad, recaudo esencial cuya ausencia torna improcedente la impugnación de la referencia. En igual sentido, ese recurso padece de un defecto muy evidente, consistente en la reproducción incesante de argumentos desarrollados en el recurso de inconstitucionalidad y en escritos anteriores.

6. Sin perjuicio de lo ya resuelto, corresponde tratar el agravio de arbitrariedad de la sentencia del 18/2/2004 que contiene la queja. En tal orden de ideas, es enteramente aplicable la doctrina previa del TSJ en el sentido de que, “bajo la designación de arbitrariedad la recurrente tiende a controvertir el fundamento jurídico contenido en la sentencia recurrida, sin incluir (...) razones de índole constitucional. La circunstancia de que la recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que la sentencia, más allá de su acierto o error, devenga infundada y, por ende, arbitraria” (conf. el tribunal *in re* “Federación Argentina de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas en *CyJ, Fallos TSJBA*, I-1999, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 282 y ss.).

Por lo demás, la CSJN —creadora de esta doctrina— señala que “la doctrina de la arbitrariedad posee un carácter estrictamente excepcional y exige, por tanto, que medie un apartamiento inequívoco de las normas que rigen el caso o una absoluta carencia de fundamentación (*Fallos*, 323:2879)”, así como que la tacha de arbitrariedad debe ser apreciada estricta y restrictivamente, pues, según lo ha dicho, la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación: “La doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados (...) sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N.” (*Fallos*, 312:246, 389, 608, 1839, entre otros; este Tribunal, expte. n° 726/00, “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo”, sentencia del 24/5/2001, *CyJ, Fallos TSJBA*, III-2001, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 240 y ss.; expte. n° 912 “Caballero, Jorge Alberto y otros

s/art. 71, Cód. Contrav. —causa 555-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, sentencia del 5/12/2001, *CyJ, Fallos TSJBA*, III-2001, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 749 y ss.).

7. En definitiva, los agravios que introduce el quejoso sólo versan sobre la interpretación asignable a cuestiones de hecho y prueba (si el tribunal *a quo* ponderó o no ponderó argumentos desarrollados en el alegato y en la expresión de agravios, así como las constancias obrantes a fs. 69, 70, 214, 363, 381 y 383/385 —todos informes de la Dirección de Catastro y un informe de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del GCBA—), elementos considerados en la sentencia del 18/2/2004, recurrida, conforme a la utilidad que prestan a la argumentación de la Cámara. Ello demuestra que la impugnación *sub examine* está muy lejos de comprometer la interpretación de preceptos o garantías constitucionales citados, tales como los arts. 16, 17 y 18 de la C.N., y arts. 10 y 13, inc. 3º, de la CCBA, que, en el caso, son invocados ritualmente. De allí se sigue que, más allá de su acierto o de su desacierto, la sentencia de Cámara contiene sobrados fundamentos lógicos para sostener el resultado que propicia y, como lo consigna el propio auto denegatorio del recurso de queja, aquélla “puede ser objeto de críticas jurídicas pero no ser descalificada como autocontradictoria, o carente de lógica o de insuficiente fundamentación jurídica”; máxime cuando el propio tribunal recurrido ordenó poner en conocimiento de la Dirección de Catastro el contenido de su sentencia (conf. fs. 460), arbitrio que tiende a anotar a terceros sobre el resultado del este juicio y el abandono de la expropiación. De todos modos, el hecho de que la ordenanza 43.622 (fs. 213) habría perdido su vigencia por el transcurso de todos los plazos fijados por el art. 33 de la ley nacional 21.499, aplicable en el caso, razón por la cual habría caducado la posibilidad de que el Estado expropie el inmueble, permitiría a los actores solicitar la inserción en el registro catastral de ese dato cierto, si fuera necesario.

Asimismo, debe aventarse la procedencia de cualquier agravio acerca de que la quejosa haya sufrido un perjuicio patrimonial, ya que aquél está muy lejos de haber sido demostrado en la causa, donde, antes bien —como se expresó en el párrafo precedente—, la argumentación intentada tuvo por objeto la mera alegación fallida de deficiencias (arbitrariedad) en el desarrollo de la sentencia sujeta a recurso. En suma, no se logró establecer una adecuada correspondencia entre los derechos constitucionales cuya afectación se invoca y el contenido de la sentencia recurrida.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Comparto y adhiero a los argumentos vertidos mi colega Julio B. J. Maier en los puntos 1, 2, 3 y 4 de su voto y a la solución que allí propo-

ne. En consecuencia, voto por declarar mal concedido el recurso de inconstitucional interpuesto.

2. El recurso interpuesto por los actores a fs 561/568 fue deducido en tiempo y forma (art. 33, ley 402). Sin embargo, él no puede ser admitido.

El escrito de los recurrentes no impugna de manera autónoma y autosuficiente la resolución de fs. 470. Es decir, los quejosos no satisfacen la carga procesal consistente en formular una crítica concreta y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. el tribunal *in re* “Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 865, resolución del 9/4/2001), ni rebaten argumentativamente las razones que la Cámara expusiera para no concederlo. La omisión señalada determina el rechazo de la queja. (*Fallos*, 290:391; 293:166; 302:502; 304:332; 307:723; 308:2263; 311:2338).

3. He de agregar que, por otro lado, la queja reitera el defecto del recurso de fs. 431/451: no logra plantear con éxito un caso constitucional. Alega arbitrariedad de la sentencia impugnada pero no demuestra que la interpretación de los hechos de la causa y de los arts. 51 y 56 de la ley 21.499 sostenida por la Sala I de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario afecte principios constitucionales.

Como manifesté ya en otras ocasiones “la mera discrepancia del recurrente con el fallo impugnado no es un elemento para rechazar el recurso, sino un presupuesto necesario, aunque no suficiente (...). Al requisito señalado deben sumarse otros: la interposición en tiempo oportuno y la introducción de un caso constitucional” (conf. “Carracedo, Hugo Luis s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado”, y su acumulado expte. n° 2578, “GCBA s/recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado” ambos en: “Carracedo, Hugo Luis c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]”, expte. n° 2567/03, resolución de 20/4/2004).

En consecuencia, voto por rechazar la queja interpuesta.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Los recursos de inconstitucionalidad y queja fueron interpuestos por escrito fundado y dentro del término de ley.

2. La Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo dispuso hacer lugar, parcialmente, al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte actora, por cuanto se encuentra controvertida la constitucionalidad del art. 56 de la ley 21.499 y rechazarlo en relación a la tacha de arbitrariedad alegada. La parte actora presentó entonces recurso de queja, considerándose agraviada al entender que la sentencia —al declarar que

existe abandono de la expropiación por parte del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y entender que se encuentra prescripta la acción de los actores—, afecta sus derechos de defensa en juicio, igualdad y propiedad.

Los argumentos brindados por la parte actora se vinculan correctamente con las garantías que se dicen lesionadas, logrando formular una cuestión de naturaleza constitucional apta para producir la apertura de la queja (art. 27, ley 402).

3. Mediante ordenanza 43.622/89 y dec. 177, el entonces Concejo Deliberante de la Ciudad de Buenos Aires declaró de utilidad pública y sujeto a expropiación el terreno ubicado en la calle Yerbal 763 de esta Ciudad, propiedad de los actores. En el año 1999 los actores, frente a la inactividad del Gobierno en relación a la expropiación del predio, iniciaron la presente demanda a fin de que se determine la indemnización correspondiente y se efectúe su pago definitivo.

Recurrida la sentencia de primera instancia que desestimó el reclamo, la Sala I confirmó la decisión y el fallo ahora impugnado hizo lugar a la pretensión de la demandada al considerar producido el abandono, pero, en lugar de declararlo, dispuso “el rechazo de la demanda de expropiación inversa por encontrarse prescripta la acción”, ordenando la inscripción de la sentencia en la Dirección de Catastro del Gobierno de la Ciudad. Esta decisión motiva el primer agravio de los recurrentes, quienes entienden que la expropiación sigue vigente y que resulta insostenible que, pese a entender el fallo que existió abandono de la expropiación, no se incluya en la parte dispositiva una declaración en tal sentido cuando surge de la causa que el inmueble continúa afectado al régimen expropiatorio (certificado de Nomenclatura Catastral de fecha 2/5/2003, fs. 381/382).

Corresponde analizar en primer término los agravios vinculados con los alcances otorgados por el *a quo* al instituto del abandono pues el progreso del planteo tornaría innecesario expedirse sobre las restantes cuestiones propuestas.

4. El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, al contestar la demanda de los actores, alegó como defensa subsidiaria el abandono de la expropiación y las instancias de mérito consideraron cumplidos los presupuestos fácticos determinantes de su producción. Frente a ello, la parte recurrente, sin perjuicio de otras argumentaciones vertidas a lo largo del proceso, se mostró dispuesta a compartir esta postura al solicitar —mediante aclaratoria (fs. 424)— se amplíe la parte dispositiva de la sentencia de Cámara “declarando el abandono de la expropiación y disponiendo se elimine de la ficha parcelaria toda mención a la ordenanza 43.622/89, comunicando asimismo el fallo a la Legislatura de la Ciudad a sus efectos”, petición a la que no se hizo lugar.

Los agravios de la parte actora, expuestos en su recurso de inconstitucionalidad y de queja, si bien resultan algo confusos, logran exponer el punto central de su crítica: la contradicción existente entre la situación de abandono que fundamenta la decisión y la parte dispositiva de la sentencia que declara prescripta la acción de expropiación y no dispone la desafectación del inmueble.

En este sentido, desde la perspectiva del derecho de defensa de los actores, no pueden desestimarse sin más los agravios, cuando — con lógica y de acuerdo con sus intereses— plantean la necesidad de arribar a alguna de estas dos soluciones: *a)* o bien, se declara el abandono de la expropiación y se desafecta el inmueble calificado de utilidad pública; o *b)* por el contrario, se admite la continuidad de la afectación y las restricciones inherentes a ella que determinan la procedencia de la expropiación inversa, cuya acción no puede declararse prescripta, pues —a su entender— resulta aplicable la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, respecto de la inconstitucionalidad del art. 56 de la ley 21.499, solución de la que se aparta la sentencia de la Sala I, y que los actores controvierten expresamente.

Por otra parte la falta de claridad de los agravios es —en cierta medida— atribuible a la falta de claridad que también evidencia la sentencia de dicho tribunal, que vincula dos institutos con efectos extintivos frente al reclamo —la caducidad del derecho y la prescripción de la acción— sin advertir, que la naturaleza de cada uno de ellos es distinta y determina que sean excluyentes entre sí.

5. La prescripción liberatoria, conforme el concepto del art. 3949 del Cód. Civil, “es una excepción para repeler una acción por el sólo hecho que el que la entabla ha dejado durante un lapso de tiempo de intentarla, o de ejercer el derecho al cual ella se refiere”, es decir que, como hecho extintivo, “se vincula con la acción y no con la relación jurídica” (conf. LLAMBÍAS, Jorge J.: *Tratado de derecho civil. Parte General*, t. II, p. 679).

La caducidad, por su parte, “es un modo de extinción de ciertos derechos en razón de la omisión de su ejercicio durante el plazo prefijado por la ley o la voluntad de los particulares (...) Se trata de pretensiones a cuyo ejercicio se señala un término preciso, que nacen originariamente con esa limitación de tiempo, de modo que no se pueden hacer valer después de transcurrido el plazo respectivo” (LLAMBÍAS: ob. cit., p. 699).

No obstante tratarse de instituciones que presentan cierto grado de semejanza, existe una diferencia sustancial entre ambas, dada por la amplitud de sus efectos, por lo que puede afirmarse que “La caducidad extingue el derecho, en tanto que la prescripción no extingue el derecho, sino

la acción judicial correspondiente. Esta, que es la diferencia esencial, muestra como la caducidad produce un efecto más intenso. El derecho caduco carece ya de toda existencia, mientras que el derecho prescripto sobrevive, disminuido en su eficiencia, en el carácter de obligación natural” (LLAMBIAS: ob. cit., p.700).

6. La ley 21.499 dispone: “Se tendrá por abandonada la expropiación —salvo disposición expresa de ley especial— si el expropiante no promueve el juicio dentro de los 2 años de vigencia de la ley que la autorice, cuando se trate de llevarla a cabo sobre bienes individualmente determinados, cuando se trate de bienes comprendidos dentro de una zona determinada, y de 10 años cuando se trate de bienes comprendidos en una enumeración genérica” (art. 33, 1º parte). Es decir, que el abandono es el efecto legal que se produce cuando, calificado un bien de utilidad pública por ley, el Estado deja transcurrir los plazos establecidos sin iniciar el trámite de expropiación, produciendo, “desde el punto de vista jurídico (...) y como lógica consecuencia, la ‘caducidad’ de la potestad de expropiar en el caso concreto” (conf. MARIENHOFF: t. IV, p. 362).

En este supuesto, no sólo han transcurrido en exceso los plazos previstos en el art. 33 de la ley, sino que, además, no ha existido conducta, medida o actitud por parte del Gobierno de la Ciudad que esbozara, si quiera, algún interés por concretar la expropiación.

En tales condiciones, debe entenderse que se ha configurado la situación de “abandono” prevista en la norma aplicable. En otras palabras, se ha operado la caducidad del derecho estatal a expropiar el bien propiedad de los actores.

7. “La presunción *iuris et de iure* del abandono se justifica como una salvaguardia para el expropiante y para el expropiado. La Constitución exige que la utilidad pública sea calificada por ley, y cuando el Poder Legislativo ejercita esa facultad, lo hace con relación a un momento o época determinados, aunque no sean inmediatos; pero no es razonable mantener latentes esas autorizaciones para que sean utilizadas en épocas muy posteriores, cuando el propósito que las determinó puede haber desaparecido y la decisión del poder administrador, del concesionario, etc., solo obedezca a mera arbitrariedad (...) El propietario no puede, tampoco, estar sometido *sine die* a la amenaza de una expropiación que no sabe si se consumará en el decurso de los años...” (VILLEGAS, Walter A.: *Régimen jurídico de la expropiación*, p. 480).

La CSJN ha dicho: “En toda expropiación válida el propósito fundamental que persigue el Estado es el de satisfacer intereses públicos superiores, cuya consolidación exige el dominio público o privado. Cuando

(...) la utilidad pública no existe o ha desaparecido, va de suyo que no puede negarse a dicho Estado el derecho a desistir de la expropiación, en su caso, o de hacer valer el “abandono, aun configurado luego de la promoción de una expropiación irregular y en tanto no haya quedado perfeccionada ésta” (*Fallos*, 291:507, 304:1484, entre otros). Asimismo, es reiterada la jurisprudencia del Supremo tribunal en cuanto a que: “Salvados los recaudos atinentes a la propiedad privada, el ejercicio de la facultad expropiatoria del Estado —que involucra también la posibilidad del desistimiento o del abandono de la expropiación— no debe interferirse, restringiéndose atribuciones indispensables para la ordenada convivencia de la comunidad (doctrina de *Fallos*, 272:88; 291:507; 300:499 y otros).

Correlativamente al derecho estatal de dejar pasar el tiempo sin hacer uso de la autorización conferida, invocando el abandono de la expropiación en su caso, asiste al administrado el derecho de que se libere su propiedad de las restricciones inherentes a la afectación legislativa. No disponer la concreta desafectación por caducidad, admitiendo que subsistan registralmente las constancias y menciones que aluden a la Ordenanza 43.622/89, resulta inadmisibles por constituir una injustificada restricción al derecho de propiedad.

En este punto resulta pertinente recordar que la Corte Suprema de Justicia ha dicho que “en materia expropiatoria y mediando razones de interés público, cabe prescindir de los términos en que fue trabada la litis” (doctrina de *Fallos*, 304:1484 y otros), por lo que corresponde hacer lugar al agravio y declarar el abandono de la expropiación por haber transcurrido en exceso el plazo de dos años de vigencia de la ordenanza 43.622/89, ordenando al GCBA la desafectación del inmueble y su inscripción en el Registro de la propiedad Inmueble y en el Catastro Parcelario de la Ciudad de Buenos Aires.

8. El agravio por el que prosperara el recurso de inconstitucionalidad —constitucionalidad del art. 56 de la ley 21.899—, se vincula estrechamente con el resto de los agravios que motivaron la queja, en especial en lo referente a la jurisprudencia invocada por los actores y al establecimiento de una línea interpretativa que contraría doctrina reiterada de la CSJN en la materia, al disponer que la acción intentada se encontraría prescripta. Sin embargo, como lo expondré a continuación, considero que el tratamiento de este grupo de agravios se ha tornado abstracto.

Como fue señalado en el consid. 4º, una vez producido el abandono de la expropiación, ha operado la caducidad del derecho estatal a expropiar el bien en cuestión y, correlativamente, tampoco el propietario se encuentra en condiciones de reclamar por la vía inversa su efectivización.

La CSJN ha precisado esta noción al señalar que: “La situación de “abandono” de la expropiación es excluyente de toda posible acción de expropiación inversa o indirecta” (*Fallos*, 266:34). Resulta obvio entonces que, al no subsistir la posibilidad de accionar, mal puede prescribirse tal acción.

La caducidad del derecho, en materia de expropiación, aniquila la declaración de utilidad pública dispuesta por la ordenanza 43.622/89, de modo que, operada la situación de abandono, deviene —por lógica consecuencia— innecesario el tratamiento de la aplicación del art. 56 al caso en examen. En efecto, las cuestiones relativas a determinar si la prescripción se produjo o no, cuál es el régimen que la rige en materia de expropiación o desde cuándo debe computarse el transcurso del tiempo, resultan irrelevantes o carentes de significación para la resolución de la causa.

9. Las costas de la primera instancia se imponen a la demandada pues su actitud — al invocar la prescripción de la acción y el abandono del derecho sin desafectar el inmueble de la calificación de utilidad pública dispuesta por la ordenanza 43.266/89— obligó a la parte actora a litigar para obtener el reconocimiento de su derecho. Las costas de las instancias posteriores se imponen por su orden en atención a la existencia de vencimientos recíprocos.

Por las consideraciones expuestas corresponde admitir parcialmente la queja y hacer lugar en igual medida al recurso de inconstitucionalidad planteado. En consecuencia, se revoca la sentencia impugnada, declarándose el abandono de la expropiación y, en consecuencia, se ordena al GCBA que inscriba la desafectación del inmueble en el Registro de la Propiedad Inmueble y en el Catastro Parcelario de la ciudad de Buenos Aires. Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad parcialmente concedido y la queja proponen cuestiones íntimamente vinculadas entre sí. En el marco del primero, la parte actora controvierte la validez constitucional del art. 56 de la ley 21.499. Por su parte el recurso de hecho, en lo que aquí importa, sostiene que la sentencia impugnada omitió valorar la prueba que acredita la indisponibilidad del inmueble ubicado en Yerbal 763 y rechazó, consecuentemente, sin fundamentos atendibles la “declaración del abandono de la expropiación” por parte del GCBA solicitada a fs. 424. Los aspectos referidos al instituto del abandono y a la aplicación que cabe atribuir al art. 56 de la ley 21.499 aparecen inescindiblemente ligados entre sí por lo que corresponde que el tribunal examine los agravios con la amplitud que exige la garantía de la defensa en juicio (conf. *mutatis mutandi*, *Fallos*, 301:1194; 307:493; 314:529, entre otros).

Por razones de orden conviene analizar en primer término los agravios vinculados con los alcances otorgados por el *a quo* al instituto del abandono pues el progreso del planteo tornaría innecesario expedirse sobre las restantes cuestiones propuestas.

2. Las sentencias emitidas por las instancias de mérito tuvieron por configurado el abandono de la expropiación objeto de este pleito y, ante esta instancia, el accionante no discute el punto. En efecto, la actora no pretende que aún producido el abandono le asistiría derecho a exigir la expropiación. Aunque esta última posibilidad no es ajena a las soluciones que el legislador pudo adoptar, ella no coincide con la concepción tradicional del régimen expropiatorio, ni con la versión normativa expresada por la ley 21.499. En tal contexto, la expropiación inversa, vista como la subrogación por el potencial expropiado de la acción expropiante propia de la administración, queda atada a la subsistencia del derecho a expropiar. Precisamente como el abandono produce la caducidad de la mentada potestad expropiatoria, tanto para el expropiante como para el expropiado, carece de efectos pronunciarse acerca de la prescripción de una acción una vez que ha desaparecido la relación de fondo y el derecho al que la acción accede. En palabras de Marienhoff, “el transcurso del respectivo plazo para tener por operado el abandono, da como lógica consecuencia la ‘caducidad’ de la potestad de expropiar en el caso concreto” (conf. autor citado, *Tratado de derecho administrativo*, t. IV, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 362).

En tal contexto, el recurrente considera inadmisibles sostener, como lo hace el *a quo*, que en la causa se produjo el abandono de la expropiación y negarse a incluir, al propio tiempo, en la parte dispositiva una declaración en tal sentido cuando, surge de autos, que la parcela sigue registralmente afectada al régimen expropiatorio (fs. 214 y 383/85). Concretamente, sostiene que “el fallo no contiene referencia alguna al Certificado de Nomenclatura Catastral librado el 2/5/2003, instrumento público que acredita la afectación del inmueble (...)” y que “el *a quo*, intentando quizá enmendar lo que se advertía como un grave daño a nuestra parte, porque la expropiación seguía y sigue en vigencia (...)” en vez de declarar el abandono de la expropiación “dispone que la sentencia en donde consta el rechazo de la demanda de expropiación inversa por encontrarse prescripta la acción, sea inscripta en la Dirección de Catastro del GCBA” razones por las que en opinión de la recurrente “el perjuicio (...) se mantuvo absolutamente inalterable” (fs. 563 vta.).

En tales circunstancias, resulta aplicable la jurisprudencia de la CSJN según la cual: “si bien la atribución de declarar la utilidad pública es ex-

clusiva del Poder Legislativo, la facultad de concretar la expropiación corresponde al Poder administrador, que decide la oportunidad en que puede hacerlo o, en última instancia, el ‘abandono’ de la expropiación (...) corresponde considerar como abandonada la expropiación pretendida en autos, por haber vencido el plazo de dos años de vigencia de la ley [que afectó el inmueble al régimen expropiatorio] luego de iniciada por los particulares la presente acción de expropiación irregular” y que “la conducta procesal y de derecho cumplida (...) por el Estado (...) importa de modo concreto el desistimiento del *derecho* en que se fundó la acción expropiatoria base del presente litigio” (*Fallos*, 304:1484, sin destacar en el original).

La doctrina judicial que fluye del precedente citado permite afirmar, que el abandono de la expropiación pone nuevamente al titular del inmueble en pleno goce del derecho de propiedad antes afectado por una declaración de utilidad pública. Para asegurar plena vigencia al derecho de propiedad, frente a las constancias de la causa (fs. 214 y 383/5), y resguardar la seguridad jurídica es razonable, en realidad imprescindible, incluir la información relativa a las condiciones de dominio del inmueble pertinente, en los registros que lleva la autoridad de aplicación. Si bien la Cámara rechazó ampliar la parte dispositiva de su sentencia a fin de “declarar el abandono de la expropiación” por cuanto el pedido excede el conjunto de pretensiones deducidas y discutidas en el presente litigio, tiene dicho la CSJN que en materia expropiatoria cabe prescindir de los términos en que fue trabada la litis (*Fallos*, 296:548 entre otros). Por lo demás, no se advierte perjuicio que afecte los derechos de la contraparte, quien, vale recordar, desde la contestación de demanda invocó el abandono para impedir el éxito de este juicio (fs. 34).

En definitiva en el caso, el planteo de inconstitucionalidad del art. 56 de la ley 21.499 devino abstracto, justamente porque nadie discute que se produjo el abandono de la expropiación relativa al inmueble de los actores, mientras, por igual razón, es arbitrario negar la inscripción requerida a fs. 424 pues se trata de una consecuencia inmediata del presupuesto aceptado por la Cámara en su sentencia: el abandono.

Por las razones dadas corresponde admitir parcialmente la queja, hacer lugar en igual medida al recurso de inconstitucionalidad oportunamente planteado y revocar la sentencia impugnada, declarándose el abandono de la expropiación. En consecuencia, se ordena al GCBA que inscriba la desafectación del inmueble en el Registro de la Propiedad Inmueble y el Catastro Parcelario de la ciudad de Buenos Aires. En cuanto a las costas, coincido con las razones indicadas por mi colega la Dra. Ana María Conde para imponer las de primera instancia a la demandada y hacer correr las

restantes por su orden en función del alcance otorgado por el *a quo* al debate de estos autos. Finalmente, corresponde devolver el depósito de fs. 596

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Adhiero al voto del doctor Luis F. Lozano con las puntualizaciones siguientes:

El GCBA en la contestación de la demanda opuso la excepción de prescripción de la acción de expropiación irregular (art. 56, ley 21.499, aplicable en el presente proceso) y, además, consideró que, en el caso, se había configurado el “abandono” previsto en el art. 33 de la ley citada (fs. 34, autos principales), dejando así en evidencia su desinterés en concretar la expropiación.

El señor juez de primera instancia dio favorable acogida a la defensa de la demandada al corroborar el abandono (fs. 369/370, autos principales), más allá de que reconoció el derecho de la actora a obtener una indemnización por considerar que la sola declaración de utilidad pública del inmueble generaba un perjuicio a su propiedad susceptible de ser resarcido (fs. 370/371, autos principales).

La parte actora en su expresión de agravios consideró que la Ciudad no podía invocar el instituto del abandono (fs. 386/391).

La Cámara, en un meditado pronunciamiento, reconoció que había operado el abandono (punto VIII de la sentencia, fs. 417 vta., autos principales), pero, en definitiva, resolvió rechazar la demanda por encontrarse prescripta la acción de expropiación inversa intentada (véase pto. 2 de la parte dispositiva, fs. 421, autos principales). El tribunal *a quo* destacó puntualmente que “desde el dictado de la decisión que sujetó el inmueble al régimen de expropiación:

- a) la demandada no ha activado el procedimiento expropiatorio, no ha tomado posesión del bien y no ha realizado un acto en concreto que importe una restricción a su disposición y, correlativamente,
- b) la actora no invocó en ningún momento alguna dificultad concreta derivada de un hecho o acto que le sea imputable a la Administración” —sobre este último punto, asimismo, afirmó que las manifestaciones de la actora vinculadas con la alegada afectación de su derecho de propiedad eran *genéricas* (fs. 417 *in fine*, autos principales).

Así las cosas, disponer que se deje constancia del abandono en los registros públicos pertinentes parece razonable a la luz de las circunstancias comprobadas de la causa, de los términos en los que fue trabada la litis, del contenido del fallo recurrido y, finalmente, teniendo en consideración un objetivo primordial: contribuir a la seguridad jurídica.

Así lo voto.

Por ello, oído el fiscal general adjunto, como resultado de la votación que antecede y por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Hacer lugar*, parcialmente, a la queja y al recurso de inconstitucionalidad interpuestos por los actores.

2°. *Revocar* la sentencia de Cámara, *declarar* el abandono de la expropiación y *ordenar* a la demandada la inscripción de la desafectación del inmueble en el Registro de la Propiedad Inmueble y en el Catastro Parcelario de la Ciudad de Buenos Aires.

3°. *Imponer* las costas de primera instancia a la demandada y las restantes por su orden.

4°. *Devolver* el depósito de fs. 596.

5°. *Mandar* que se registre, se notifique y se cumpla.

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

XLVI

“STEGEMANN, OSCAR S/QUEJA POR RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN:
‘STEGEMANN, OSCAR A. C/BERTICHE,
ALFREDO S/MEDIDA CAUTELAR URGENTE”

RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad. Privación de justicia. Cámara de Diputados del Congreso de la Nación. Funcionario. Traslado de funciones. Jurisdicción local. Incompetencia del fuero contencioso administrativo y tributario. Discriminación. Medida cautelar. Sentencia definitiva. Normas infraconstitucionales. Principio de igualdad. Test de razonabilidad

Expte. nº 3848/05 - 1º/6/2005

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Surge del relato efectuado en el escrito de queja por el actor, Oscar Stegemann, que él se desempeña como Subdirector de la Cámara de Diputados de la Nación y que, encontrándose en uso de una licencia por enfermedad de largo tratamiento, fue intimado a iniciar los trámites de su jubilación, bajo apercibimiento de dársele de baja. Agrega que tanto el Juzgado n° 2 como la Sala I del fuero en lo contencioso administrativo federal le concedieron tutela cautelar contra la intimación a presentar su renuncia para jubilarse. Expresa que pocos días después fue trasladado a la Dirección de Seguridad y Control de la Cámara, por decisión de Alfredo Bertiche, Secretario General de la Presidencia de ese cuerpo. Afirma que la decisión fue “un acto de represalia por haber sostenido mis ideas opuestas a la jubilación compulsiva y logrado éxito en el reconocimiento de mi derecho a la libre gestión jubilatoria en sede judicial” (fs. 16 vta.). El presentante afirma que el traslado es “un hecho nítidamente discriminatorio motivado por la emisión de una opinión” (fs. 18 vta.), que “es un acto continuado de discriminación que se adecua a la descripción contenida tanto en el art. 11 de la CCBA, cuanto al art. 43 bis (ahora 65) del Cód. Contrav.”. (fs. 4).

Agrega que efectuó una denuncia ante la justicia en lo contravencional y de faltas. Sin embargo, y en razón de que el procedimiento contravencional no admite su intervención como parte (fs. 3 vta.), el abogado Stegemann solicitó también una medida cautelar contra Alfredo Bertiche, para que cese en su conducta discriminatoria, ante el fuero en lo contencioso administrativo y tributario de la Ciudad de Buenos Aires.

El juez de primera instancia del fuero local se declaró incompetente (fs. 1). La Cámara de Apelaciones declaró desierto el recurso de apelación planteado por el accionante (fs. 1) por considerar que no rebatió el argumento principal que condujo al juez a declararse incompetente: “la ausencia en carácter de parte de una autoridad administrativa definida en los términos del art. 2°, CCAyT” (fs. 3).

El señor Stegemann planteó un recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia de la alzada, que fue rechazado porque la decisión recurrida no es “definitiva” y porque no “se ha demostrado la configuración de un caso constitucional que habilite la intervención del Superior...” (fs. 2).

2. Ante esa decisión, el actor plantea ante el Tribunal, en un único escrito, un reclamo por privación de justicia y la queja por denegatoria del recurso de inconstitucionalidad.

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La situación de privación de justicia que denuncia el presentante debe ser desestimada. Bajo su manto, el recurrente discute una sentencia

dictada por la Cámara de Apelaciones que le resultó adversa. La situación que se relata en el escrito de la queja no trasunta, de ninguna forma, que exista tal afectación al derecho a la tutela judicial del Sr. Stegemann, pues, según él lo expresa, compareció ante los estrados judiciales y su caso fue fallado —aunque en forma adversa a su interés, según parece— en dos instancias. En verdad, lo que denuncia es su disconformidad con esas decisiones.

Como ya fue dicho por el tribunal “La queja, en el caso particular en que se invoca denegación de justicia, no tiene por finalidad remediar situaciones de esta índole. No se trata de un instituto procesal tendiente a sustituir las vías recursivas previstas en la Constitución y en las leyes locales para que las partes planteen ante el tribunal los agravios de índole constitucional que pudieran haberse generado durante la tramitación del proceso en anteriores instancias. El control que este Tribunal realiza de las sentencias de los tribunales inferiores se efectúa, si corresponde, a través de los recursos de inconstitucionalidad o apelación (art. 113, incs. 3° y 5°, respectivamente, CCBA)...” (*in re* “Porcella, Hugo Baltasar s/queja por privación y denegación de justicia, en: ‘GCBA c/Porcella, Hugo Baltasar s/ejecución fiscal’” expte. n° 2601/03, sentencia del 13/11/2003”).

2. Por tal razón, resuelta negativamente la pretensión por denegación de justicia procede considerar la presentación de fs. 1/22 en cuanto a la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado que en ella se articula.

La cuestión que da origen a los reclamos judiciales de Oscar Stegemann es el acto de traslado de funciones dispuesto por su superior jerárquico en la Cámara de Diputados del Congreso de la Nación, Alfredo Bertiche.

Así enunciado, aparece manifiesta la incompetencia de la jurisdicción local para juzgar las causas.

Sin embargo, el recurrente (Sr. Stegemann) plantea que la decisión administrativa de ese funcionario del parlamento nacional configura un supuesto de discriminación, prohibido por el art. 11 de la CCBA y por el art. “43 bis (ahora 65)” del Cód. Contrav., normas en las que habría fundado su denuncia (fs. 4).

Pretende, además que se admita la competencia del fuero en lo contencioso administrativo y tributario local para despachar una medida cautelar que ponga fin a la discriminación que él sufre, ya que las reglas que rigen el procedimiento contravencional no le permiten peticionarla ante ese fuero.

En el recurso de inconstitucionalidad, lo mismo que en la queja, reitera su discrepancia con la declaración de incompetencia.

3. Lo expresado en el punto anterior pone de manifiesto que el actor pretende la revisión de una sentencia que no es *definitiva* a los fines del recurso de inconstitucionalidad.

El tribunal ha señalado anteriormente que “[e]s regla general que las resoluciones dictadas sobre medidas cautelares, ya sea que las acuerden, mantengan o denieguen, no son susceptibles de revisión por la vía del recurso de inconstitucionalidad, por no constituir *sentencia definitiva...*” (*in re*: “Covimet S.A. c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 2570/03, y su acumulado “Covimet S.A. s/queja por recurso de apelación ord. denegado, en: ‘Covimet S.A. c/GCBA s/medida cautelar’”, expte. n° 2461/03, resolución del 17/12/2003; también *in re*: “Agencia Marítima Silversea S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Agencia Marítima Silversea s/acción declarativa —incidente s/medida de no innovar—’”, expte. n° 1516/02, resolución del 10/7/2002, con cita de *Fallos*, 313:279, y de este Tribunal *in re*: “Clínica Fleming s/recurso de inconstitucionalidad concedido en ‘Clínica Fleming s/art. 72. Cód. Contrav. —incidente de clausura— apelación’”, expte. n° 1215/01, resolución del 19/12/2001).

4. Además, el Tribunal también tiene dicho que las medidas cautelares deben ser resueltas por los magistrados competentes, pues no resulta posible dictarla cuando se carece de aptitud jurisdiccional en razón en la materia [este Tribunal *in re* “Martínez, María del Carmen y otras c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, expte. n° 129/99, resolución del 27/10/1999, “Amuchástegui, José Antonio c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires —Dirección General de Rentas y Empadronamiento Inmobiliario— s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 212/00, resolución del 22/3/2000, entre otros], que es lo ocurre en la causa.

5. En suma: la decisión de primera instancia, confirmada por la alzada, que consideró ajena a la competencia del fuero CAyT la pretensión cautelar ejercida por el actor, no es una sentencia definitiva o equiparable a tal y no puede revisarse por medio del recurso de inconstitucionalidad, ni habilita la queja.

Por tales razones, voto por rechazar la queja planteada a fs. 1/22.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El reclamo de privación de justicia planteado por el actor debe ser desestimado, al resultar contradictorio con aquello que el presentante refiere como soporte fáctico de su denuncia. Ello es así porque del propio relato del abogado Stegemann surge inequívocamente que éste compareció en dos ocasiones ante los estrados judiciales y obtuvo sendas decisio-

nes recaídas a propósito de su caso. En ello consiste, precisamente, *la actividad de decidir* cumplida por los tribunales de mérito, razón por la cual aquello que el denunciante describe como irregular es meramente indicativo de su disconformidad con respecto al contenido de esas decisiones (conf. este Tribunal, “Porcella, Hugo Baltasar s/queja por privación y denegación de justicia, en: ‘GCBA c/Porcella, Hugo Baltasar s/ejecución fiscal’”, expte. n° 2601/03, 13/11/2003; “Orozco, Haydee Susana s/queja por denegación de justicia, en: ‘GCBA c/Bellmont Salmeron, Pedro y González Méndez Graciela s/ejecución fiscal’”, expte. n° 3152/04, resolución del 8/7/2004; “Levy, Simón s/queja por retardo, privación o denegación de justicia, en: ‘GCBA c/Saiegh, Moisés y otros s/ejecución fiscal —ABL’”, expte. n° 3206/04, resolución del 23/8/2004).

Es innegable, en el caso, que el denunciante ha confundido el objetivo de la vía intentada. La queja o denuncia por privación o denegación de justicia no es un instituto procesal alternativo para plantear la revisión de las decisiones de instancias anteriores. En efecto, este recurso no tiene por objeto variar la solución dada al caso por otro tribunal, sino, por lo contrario, conseguir que un tribunal que ha omitido su actividad de decidir el caso planteado (“omisión” que debe entenderse en los términos estrictos del art. 36, ley 402), efectivice el derecho a la tutela judicial que asiste al actor.

Como sostuve *in re* “Spangemberch, Luis Alberto s/queja por privación y denegación de justicia”, expte. n° 1543/02, resolución del 12/6/2002: “Los pleitos judiciales no constituyen una suma de argumentaciones a bulto y desordenadas, y hasta, en ocasiones, contradictorias, sino que, por lo contrario, el procedimiento judicial intenta poner orden en el planteo de estas cuestiones, con un ojo puesto en la solución del caso y el otro puesto en conceder las mismas posibilidades a quienes son protagonistas de un conflicto a decidir por esta vía. Las partes, por ello, no gobiernan las reglas del procedimiento judicial, y menos unilateralmente”, sino que usan esas reglas conforme a su fin, algo que no parece respetar la denuncia examinada.

2. Las razones expuestas en el primer considerando de mi voto son suficientes para resolver negativamente la pretensión por privación de justicia. Procede considerar ahora la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, articulada a fs. 1/22 de la presentación de Oscar Stegemann. De acuerdo con los extremos que deja señalados la señora jueza de trámite en las resultas (ver, asimismo, expediente de queja, especialmente fs. 4/4 vta., 10 vta., 12 y 16 vta./19), la circunstancia de hecho que está en la base de las pretensiones y los reclamos judiciales del recurrente, es la decisión

de su superior jerárquico en la Cámara de Diputados del Congreso de la Nación, Sr. Alfredo Bertiche (secretario general de la Presidencia de ese cuerpo), de disponer el traslado de funciones del Sr. Stegemann quien, tras su desempeño como subdirector de la Cámara de Diputados de la Nación, fue transferido a la Dirección de Seguridad y Control de la Cámara (con relación a la incompetencia aparentemente manifiesta de la jurisdicción local para juzgar esta causa, y a fin de evitar reiteraciones innecesarias, cabe remitirse a lo expuesto por mi colega, la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, quien examina claramente la cuestión en el consid. 2, párrs. 2º y 3º, de su meditado voto).

No resulta posible considerar el planteo recursivo de Stegemann y a la vez omitir un breve análisis respecto del carácter desconcertante de su petitorio. No sólo un acto administrativo llevado a cabo por un funcionario del parlamento nacional es puesto en crisis en el *sub examine* sin una consideración mínima de la doctrina (no más —ni menos— que un puñado de reglas de sentido común), relativa a la discrecionalidad incuestionable de la administración en un caso como éste, sino que el sentido de la presentación, más bien del relato, por cierto inusual y crecientemente ofuscado de la parte actuante, se orienta a sumir a quienes debemos dirimir la cuestión, en una verdadera “trama” o asunto absolutamente desprovistos de seriedad y sólo resultantes de su interpretación —cuanto menos peculiar o antojadiza, y por cierto inverificable de acuerdo con los elementos probatorios que aporta al expediente— de los hechos que se desprenden de la causa.

Conforme a dicha interpretación, el recurrente ha sido víctima de un acto vindicativo, específicamente discriminatorio, por parte del Sr. Bertiche —un modo más neutral de decir que la interpretación del abogado Stegemann aparece atravesada por una preocupación inexplicable e indemostrable que lo ubica como sujeto, u objeto, de la mala voluntad y animosidad manifiestas de su superior jerárquico, quien es comparado con un agente policial que, tras someter a un detenido a apremios ilegales, se convierte él mismo en delincuente (fs. 4 del expediente de queja). En efecto, disponer el traslado de sus funciones ha significado, para el presentante, “un acto de represalia por haber sostenido mis ideas opuestas a la jubilación compulsiva y logrado éxito en el reconocimiento de mi derecho a la libre gestión jubilatoria en sede judicial” (fs. 16 vta.), así como “un acto continuado de discriminación que se adecua a la descripción contenida tanto en el art. 11 de la CCBA, cuanto en el art. 43 bis (ahora 65) del Código Contravencional” (fs. 4). El propio Sr. Stegemann sintetiza su concepción y reconstrucción un tanto tortuosas, y por cierto hiperbólicas de los hechos, del modo siguiente: “En este punto —quién sabe por cuál

mecanismo de la memoria—surge la evocación de *Las aguas bajan turbias*, aquella celeberrima película de Hugo del Carril, que mostraba a los ‘capangas’ manejando a latigazos a sus subordinados de los obrajes... Hasta que un día...” (fs. 18). Tan fuerte es la convicción del actor en cuanto a que, en su caso, la protección que depara el art. 11 de la CCBA contra la discriminación (específicamente, aquella que resulta agravante por razones de ideología y de opinión) que, a fs. 1 vta. del expediente de queja, aquél afirma: “Todos los demás aspectos [de su presentación] son tributarios de esta cuestión”.

3. Aquello expuesto hasta aquí tiene por fin invitar a reflexionar acerca de la genuina pretensión del Sr. Stegemann, para luego establecer claramente sus extremos con debida objetividad y sensatez. En tal sentido, el tribunal ya ha expresado, múltiplemente, que la referencia ritual a derechos y/o principios constitucionales contenidos en el recurso de inconstitucionalidad, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente para fundarlo, ya que si bastara dicha invocación genérica de un derecho, principio o garantía de raigambre constitucional —como el derecho a la igualdad, involucrado aquí por el recurrente no obstante la ausencia de todo fundamento normativo, y hasta de sentido común, vinculado con su reproche, en abono de una tesis fundada exclusivamente en *su opinión*, que además un intérprete razonable de su escrito no vacilaría en calificar de temeraria—, este Tribunal se vería convertido en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad, posibilidad inadmisibile en el marco del recurso extraordinario local (conf. *CyJ, Fallos TSJBA*, II-2000, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 20 y ss., en: “Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja”, expte. n° 131/99, resolución del 23/2/2000; más próximo al momento actual: expte n° 1898/02, “Droguería Americana c/GCBA [resol. DGR-7346/91] s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR s/recurso de apelación ordinario”, sentencia del 17/11/2003).

También resulta enteramente aplicable la doctrina del TSJ en el sentido de que, cuando las disposiciones puestas en juego para fundar una sentencia recurrida constituyen toda interpretación de reglas infraconstitucionales, ésta es una tarea no comprendida por el recurso interpuesto ni constitutiva de la competencia del tribunal, más allá del acierto o desacierto de su interpretación, según puntos de vista de intérpretes diversos.

Pues bien, si el recurso de inconstitucionalidad no erige al tribunal en una tercera instancia para decidir cuestiones de mérito, relativas al hecho, *su prueba* y la adecuación del derecho infraconstitucional al caso, razón por la cual no podría encarar —consistentemente con su propia doctri-

na— la interpretación de prescripciones normativas, o enunciados fácticos o probatorios que, en el mejor de los casos, se despliegan en el plano infraconstitucional, menos podría, como se pretende en el *sub examine*, aceptar una exhortación sin desarrollo argumentativo de ninguna especie (véase fs. 22, “Todavía quedan jueces en Berlín...!”), que insiste en requerirle *interpretar estados mentales* (creencias, deseos, motivaciones), del modo como proponen hacerlo algunos pensadores analíticos desde los tiempos de Ludwig Wittgenstein y Gilbert Ryle. En efecto, el Sr. Stegemann pretende que el TSJ acepte su representación de la *intención* —un estado mental— de *otra* persona —el Sr. Alfredo Bertiche—, puesta de manifiesto en un acto administrativo —la decisión del segundo en punto al traslado de funciones del recurrente—, como discriminatoria, por el solo hecho de que el recurrente discrepa con, o se siente injustamente perjudicado por ella, y sin sustento probatorio alguno, haciendo a un lado sus más que respetables —pero inadmisibles en un recurso como el intentado— emociones fuertemente negativas respecto de la situación en la que se encuentra.

Por consiguiente, considero que la pretensión ínsita en el recurso de inconstitucionalidad examinado es francamente insostenible.

4. Ya quedó explicado —a través de la remisión al punto 2 del voto de la señora jueza de trámite— el problema de la *incompetencia prima facie* manifiesta de la jurisdicción local para juzgar en el caso. Como es sabido, la cuestión que origina la presentación judicial del Sr. Stegemann involucra sucesos acaecidos en la Cámara de Diputados de la Nación, por lo que es preciso identificar qué factor cancela, o cancelaría, esa incompetencia aparente. Dicho factor, que también se origina en la interpretación que efectúa el recurrente del acto administrativo de su superior, es la pretensión de describir el caso como subsumible en las hipótesis previstas en los arts. 11 de la CCBA y 65 del Cód. Contrav.

En pronunciamientos anteriores procuré definir con precisión el alcance de estas normas (conf. expte. n° 482/2000, “Sandez, Carlos Armando”, en *CyJ, Fallos TSJBA*, II-2000, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 417 y ss., sentencia del 29/11/2000 y expte. n° 826/01, “Salgado, Graciela Beatriz c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, en *CyJ, Fallos TSJBA, cit.*, III-2001, pp. 688 y ss., resolución del 21/11/2001; “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 3103/04, resolución del 31/3/2005).

Aquí no es necesario recordar más que dos ideas expuestas en dichas causas. En primer lugar, si bien —en principio— los poderes políticos tienen amplias facultades para trazar distinciones legales entre categorías de personas y, en consecuencia, los funcionarios tienen facultades simila-

res para tomar decisiones en *casos concretos*, que nada delatan en punto a la cuestión de “categorías” de personas que los asisten, toda vez que ello resulte conveniente para impulsar objetivos legítimos, en algunos casos el recurso del legislador, o del administrador, a ciertos factores de distinción, puede responder a prejuicios y estereotipos que tienen por efecto excluir a categorías enteras de personas del legítimo ejercicio de un derecho. Casos típicos de esta categorización espuria son los de raza y religión y, en épocas más recientes, los de género y discapacidad, que constituyen “categorías sospechosas”. Ello significa —y éste es el segundo punto a recordar— que la inclusión de alguna de tales categorías produce tres efectos fundamentales:

- a) suspende la presunción de constitucionalidad de las leyes y actos administrativos (*Fallos*, 310:1401; 312:496, 809 y 851; 314:424; 315:1563; 319:178; 324:3219; 327:1122);
- b) opera la inversión de la carga justificatoria, por lo cual es el Estado el que debe demostrar que la distinción consagrada legislativamente, o por acto administrativo, no obstante ser una de aquellas que la doctrina ha calificado como sospechosa, está justificada;
- c) también opera el sometimiento de esa justificación a un estándar de escrutinio judicial estricto.

Estos efectos redundan en la suspensión de la presunción —fuerte aunque vencible— de constitucionalidad de que gozan normas y actos administrativos y se traducen en la necesidad, por parte del Estado, de alegar razones contundentes, por no decir insuperables, para preservar el estatus constitucional que, como expresé, ha dejado de presumirse.

5. Ahora bien, confundir los valores que viene a tutelar el art. 11 de la CCBA (la igualdad de las personas y su “idéntica dignidad”) con el desagrado o la inconveniencia que la sentencia recurrida le produjeron a un funcionario público por haberse dispuesto su traslado de funciones, es un hecho de esta causa que desconcierta por segunda vez. El sentido común es suficiente para descartar que *la tutela peculiarísima* que garantiza el art. 11 de la CCBA (o el art. 65, Cód. Contrav., por caso) guarde la más tenue relación de atinencia con la situación *objetiva* que se plantea en autos, por lo que el agravio del recurrente (por el que impetra una medida cautelar), en cuanto a que el cambio en sus funciones guarda alguna conexión o correspondencia con la categoría sospechosa “discriminación por razón de ideología y de opinión”, es otra de las argumentaciones del recurrente que no resiste el análisis.

Si se busca una mínima relación de atinencia entre el planteo del actor, Oscar Stegemann, y la tutela de la igualdad, más conveniente o

adecuado resultaría aceptar antecedentemente el arbitrio del legislador o del funcionario local como capítulo de la igualdad, y la aplicabilidad (caso de insistirse con el tema) del test de *simple razonabilidad* que, como he afirmado en diversos pronunciamientos, debe guiar al tribunal en este caso. Por ejemplo, establecí recientemente *in re* “Colegio de Procuradores de la Ciudad de Buenos Aires c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de Inconstitucionalidad”, expte. n° 3032/04, resolución del 18/5/2005:

“Como es sabido, la protección de la igualdad no se debilita, ni mucho menos quebranta, por el mero ejercicio de la potestad gubernamental de distinguir entre las personas, o grupos de personas, en la creación y aplicación de las leyes. Lo que se garantiza es que tales distinciones no estarán basadas en criterios impermisibles, o arbitrariamente aplicados con fines persecutorios u hostiles respecto de dichas personas o grupos (...) En consecuencia, la cuestión debe encararse desde la perspectiva que impone el *test de razonabilidad*, con tres efectos fundamentales:

- a) rige la presunción de constitucionalidad de las leyes [y de los actos administrativos];
- b) en caso de impugnación de la norma [o del acto], no opera la inversión de la carga justificatoria —que se produce cuando su enunciado contiene, o su ejecución delata, alguna “categoría sospechosa”, de aquellas que enuncia con carácter no exhaustivo el art. 11 de la CCBA; por ello, es la parte que plantea la inconstitucionalidad, no el Estado, quien debe *demonstrar* que la distinción consagrada legislativamente [o la decisión tomada por un funcionario], no está justificada por resultar palmariamente persecutoria u hostil;
- c) también opera el sometimiento de la justificación normativa a un estándar de escrutinio judicial simple, por oposición al “escrutinio estricto” que rige, en principio, en los supuestos comprendidos en el punto b)” (“Colegio de Procuradores”, cit., mi voto, consids. 2 y 3).

De este modo, dejo establecido mi juicio en lo que concierne al objeto de la medida cautelar impetrada por Oscar Stegemann que, como reza su “Petitorio”, solicita que aquella se disponga con carácter urgente a fin de que “Alfredo Bertiche... cese de inmediato en su conducta discriminatoria y dañina para la salud del Dr. Oscar Antonio Stegemann... hasta tanto se dicte sentencia definitiva en el juicio contravencional, bajo apercibimiento de aplicarle sanciones pecuniarias diarias progresivas” (fs. 22 del expediente de queja).

6. Para concluir, indicaré dos factores adicionales e impeditivos de la revisión de la sentencia puesta en crisis por medio del recurso de inconstitucionalidad. Como acertadamente lo expone en el tercer consid. de su voto mi colega, la señora jueza de trámite, la sentencia de primera instancia —que consideró ajena a la competencia del fuero contencioso administrativo y tributario local la medida cautelar impetrada por el actor, confirmada por la Cámara —que, por su parte, declaró desierto el recurso de apelación deducido contra la primera, es irrevisable a través del recurso de inconstitucionalidad, puesto que no constituye una sentencia definitiva.

En efecto, tal como el tribunal lo ha señalado reiteradamente, los pronunciamientos referidos a medidas cautelares, en principio, no constituyen *sentencias definitivas*, en los términos del art. 27 de la ley 402 (conf. TSJ *in re*: “Cabiche, Roberto s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Moreno, Gustavo Daniel c/Asesoría General Tutelar —Ministerio Público s/otros procesos incidentales’, en: ‘Moreno, Gustavo Daniel c/Asesoría Tutelar s/impugnación de actos administrativos’”, expte. n° 3259/04, resolución del 9/2/2005; “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. n° 1516/02, resolución del 10/7/2002 y consolidada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para el recurso extraordinario federal, *Fallos*, 310:681 312:553, 1010; 313:116, entre muchos otros).

7. El segundo factor impeditivo de la revisión de la sentencia por medio del recurso de inconstitucionalidad concierne a otra doctrina del tribunal, esto es, que las medidas cautelares deben ser resueltas por los magistrados competentes, puesto que no resulta posible dictarlas cuando se carece de aptitud jurisdiccional en razón de la materia —y ello es, precisamente, lo que ocurre en este caso (conf. voto de la señora jueza de trámite, considerando cuarto). En efecto, el tribunal tiene dicho, unánimemente, que “[l]a materia y la vía elegidas por los actores no permiten fundar la competencia del tribunal para conocer en la acción en forma originaria, teniendo en cuenta las reglas de asignación de jurisdicción establecidas en el art. 113 de la CCBA. En fallos precedentes, el tribunal ya ha establecido la naturaleza excepcional de su competencia, sólo modificable por una reforma constitucional, indisponible —por ende— para el legislador y los jueces (conf. *CyJ, Fallos TSJBA*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, t. I, pp. 7 y ss., en “Pinedo, Federico y otros c/Ciudad de Buenos Aires s/Amparo”, expte. n° 8/99

SAO, resolución del 18/2/1999; *CyJ, Fallos TSJBA*, I-1999, cit., pp. 11 y ss., en “Gorbato, Viviana s/cuestión de competencia”, expte. n° 12/99 SAO, resolución del 8/3/1999; *CyJ, Fallos TSJBA*, cit., 2001, t. I, pp. 49 y ss., en “Perrone, Héctor Alejandro c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, expte. n° 30/99 SAO, resolución del 22/4/99; *CyJ, Fallos TSJBA*, I-1999, cit., pp. 63 y ss., en “Asociación de Receptorías de Publicidad (ARP) c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, expte. n° 20/99 SAO, resolución del 12/5/1999, entre otros precedentes)./De acuerdo con lo expuesto, el tribunal resulta incompetente para conocer en el caso./Sobre la medida cautelar impetrada procede que sea resuelta por el magistrado competente, pues no resulta posible dictar la medida cuando se carece de aptitud jurisdiccional en razón de la materia” (“Martínez, María del Carmen y otras c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/Amparo”, *CyJ, Fallos TSJBA*, I-1999, cit., pp. 584 y ss., expte. n° 129/99 SAO, resolución del 27/10/1999).

En razón de lo expuesto, voto por rechazar la queja interpuesta por el Sr. Stegemann a fs. 1/22 de su escrito.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Adhiero a la solución propuesta por la jueza de trámite, Dra. Alicia E. C. Ruiz, la queja debe ser rechazada.

En lo que respecta a la denegación de justicia invocada por el recurrente adhiero a los fundamentos expuestos por la Dra. Ruiz.

Aunque las resoluciones que sustraen una causa a la jurisdicción local son equiparables a una sentencia definitiva (conf. “GCBA s/queja por recurso de apelación ordinario denegado, en: ‘Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Empresa Nacional de Correos y Telégrafos (Encotesa) s/ejecución fiscal’”, expte. n° 1892/02, resolución del 12/2/2003 y “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo”, expte. n° 726/00, resolución del 21/3/2001), el recurso de inconstitucionalidad fue deducido contra una que declaró desierto el recurso de apelación que la actora había articulado contra la sentencia de primera instancia. A su vez, la recurrente omite atacar dicha decisión desde un ángulo susceptible de provocar la intervención de este Tribunal. En tales condiciones, no ha cumplido con la carga de obtener decisión del superior tribunal ordinario del cual pudo requerirla, lo cual sella el destino de la presente queja (conf. mi voto en “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Giuseppino S.R.L. s/ejecución fiscal’”, expte. n° 3037/04, resolución del 1/9/2004).

Por lo demás, el recurrente no presenta una crítica acabada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad ni conecta la cuestión constitucional invocada (violación del art. 11, CCBA) con lo resuelto.

Por las razones expuestas, la queja debe ser rechazada.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

El planteo formulado por el recurrente presenta dos vertientes: la del reclamo por privación de justicia y la de la queja por denegatoria del recurso de inconstitucionalidad, ambas orientadas a una única finalidad: obtener la revisión de la declaración de incompetencia dispuesta por el magistrado de primera instancia.

Respecto de la primera cuestión, el planteo resulta claramente impropio. Como bien señala la jueza Alicia E. C. Ruiz, bajo el ropaje de la privación de justicia el recurrente intenta discutir una decisión adversa a sus intereses, lo que debe ser hecho por vía de los recursos pertinentes [expte. n° 2601/03, “Porcella, Hugo Baltasar s/queja por privación y denegación de justicia, en: ‘GCBA c/Porcella, Hugo Baltasar s/ejecución fiscal’”, del 13/11/2003]. El que el actor haya planteado ante la cámara un recurso de inconstitucionalidad, que fue declarado inadmisibile por ese tribunal, abriéndose así paso a la queja que integra esta presentación, pone en evidencia la inexistencia de un supuesto de privación o denegación de justicia. Uno y otro planteo se excluyen lógicamente.

En cuanto a la queja, cabe destacar que la sinuosa argumentación del recurrente no alcanza a cuestionar el punto central que debió haber sido objeto de su análisis: los fundamentos del pronunciamiento que declarara la inadmisibilidad del recurso de inconstitucionalidad. Sin satisfacer ese requisito, su exposición resulta impertinente, por lo que la queja debe ser rechazada.

Sin perjuicio de lo expuesto, debo señalar que lo que el actor objeta en esta causa es —*prima facie*— el contenido de una decisión adoptada por una autoridad de uno de los poderes del Gobierno Federal, en ejercicio de sus funciones; cuestión ajena a la jurisdicción de los tribunales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 116, C.N.), por lo que la decisión adoptada por el juez de primera instancia no resulta lesiva de la autonomía local (art. 6°, CCBA).

En mérito a lo expuesto, voto porque se rechacen tanto el planteo de privación de justicia como la queja por denegatoria de recurso de inconstitucionalidad, planteados en autos por el Sr. Oscar Stegemann.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Adhiero al voto de la señora jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz, con las siguientes puntualizaciones:

1. Como regla general, y tal como lo ha sostenido este Tribunal de manera reiterada, la competencia en razón de la materia es presupuesto necesario para el ejercicio del anticipo de jurisdicción involucrado en el dictado de una medida cautelar. Es sabido que los tribunales deben abstenerse de decretar medidas precautorias cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia —aunque no es ocioso recordar que la regla admite excepciones (conf. art. 179, CCAyT).

2. Por lo demás, no se ha desconocido la posibilidad que posee el justiciable para excitar la jurisdicción local, claro está, en la medida en que el ordenamiento jurídico local lo permite —según el propio relato del recurrente, existiría un proceso en trámite ante la justicia contravencional y de faltas local por discriminación, con fundamento en el art. 11 de la CCBA y el actual art. 65 del Cód. Contrav.

Así lo voto.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Rechazar* el recurso de queja interpuesto por el Sr. Oscar Stegemann, a fs. 1/22.

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

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Rechazar* la presentación efectuada por el Sr. Oscar Stegemann, a fs. 1/22.

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

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

XLVII

“PAIZ, MARIO SERGIO S/ART. 74, CÓD. CONTRAV.
—APELACIÓN— S/RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO”

**RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Prescripción de la pena.
Contravenciones de tránsito. Sentencia definitiva.
Caso constitucional. Principio de legalidad. Interpretación
análoga *in malam partem*. Interpretación restrictiva. *In dubio pro reo***

Expte. n° 3887/05 - 8/6/2005

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA

1. La defensa de Mario Paiz interpuso (fs. 100/110 vta.) un recurso de inconstitucionalidad contra la decisión de fecha 13/12/2004 (fs. 86/7 vta.), por la que la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas confirmó el rechazo a su planteo de prescripción de la pena (fs. 55/7 vta.).

2. En el recurso de inconstitucionalidad el defensor oficial reseñó los antecedentes de la causa, impugnó detalladamente la resolución mencionada y expuso los agravios constitucionales que fundan su presentación. Por último, mantuvo la cuestión federal que había planteado respecto del caso.

En síntesis, la defensa impugnó la sentencia de Cámara por considerarla violatoria del principio de legalidad. El recurrente criticó la resolución porque en ella se interpreta que el término de prescripción de la pena en contravenciones de tránsito es siempre de 2 años —medie incumplimiento o quebrantamiento de la condena—, lo que a su criterio extendería indebidamente el plazo con el que cuenta el Estado para hacer cumplir la pena impuesta a su asistido, interpretación que además ignoraría el tenor literal del artículo en cuestión.

3. La Cámara entendió (fs. 118/20 vta.) que el recurso de inconstitucionalidad era admisible por las siguientes razones:

- a) fue interpuesto por escrito ante el tribunal superior de la causa dentro del plazo de 10 días contados a partir de la notificación de la resolución impugnada;

- b) fue dirigido contra una resolución equiparable a una sentencia definitiva en tanto no existe otra etapa procesal útil en la que pueda eventualmente repararse el agravio introducido; y
- c) se ha criticado adecuadamente la interpretación de una norma legal vinculándola con una de rango superior, sin discutir cuestiones de hecho y prueba.

4. El señor fiscal general, al contestar la vista, solicitó al tribunal que declarara *inadmisibile* el recurso de inconstitucionalidad presentado por considerar que plantea un caso constitucional sólo aparente que trata, en definitiva, de una simple divergencia en la interpretación y aplicación de una norma infraconstitucional (art. 32 del anterior Cód. Contrav.).

FUNDAMENTOS:

Las juezas ALICIA E. C. RUIZ y ANA MARÍA CONDE dijeron:

1. El recurso cumple con los requisitos de admisibilidad básicos porque además de haber sido interpuesto por escrito dentro del plazo legal y ante el tribunal superior de la causa, está dirigido contra una decisión de carácter definitivo, no discute los hechos acreditados en el expediente y plantea un verdadero caso constitucional.

La defensa impugnó la interpretación dada a una norma de derecho común (el art. 32 del anterior Código Contravencional), vinculando adecuadamente su crítica a una regla constitucional: el principio de legalidad y sus derivaciones (principio de máxima taxatividad interpretativa y prohibición de analogía en perjuicio del imputado). Por lo tanto, el recurso fue correctamente admitido por la Cámara.

2. El 18/7/2003 se condenó al Sr. Paiz a la pena —que no fue cumplida— de trabajos de utilidad pública por el término de diez días, al considerarlo autor de la contravención prevista en el art. 74 del derogado Código Contravencional. Dicha sentencia fue notificada personalmente al imputado en esa misma fecha y por cédula a su defensor el 26/8/2003, sin que fuera recurrida. Es del caso aclarar que es irrelevante en esta instancia que el Sr. Paiz y su defensor hubieran sido notificados en fechas diferentes porque esta circunstancia nada agrega para definir si la pena está prescrita o no; la discusión, en definitiva, atañe a otras cuestiones.

El 1/9/2004 el defensor oficial interpuso un pedido de extinción de la pena por prescripción que fue rechazado. Esta resolución fue apelada pero confirmada por la Cámara Contravencional. Frente a esa última decisión se presentó el recurso de inconstitucionalidad que nos toca resolver en esta instancia.

3. Es conveniente recordar la redacción del art. 32 del derogado Cód. Contrav.: “La pena prescribe transcurrido un año desde que la condena queda firme. En caso de quebrantamiento, al año a contar desde el día en que se dejó de cumplir la pena, excepto cuando se impute la comisión de contravenciones de tránsito, en cuyo caso el plazo es de dos años”.

El defensor oficial sostuvo que el artículo citado trata dos supuestos diferentes:

- a) los casos de incumplimiento de la sanción (primera oración) en los que el plazo de prescripción de la pena es común a todas las contravenciones (un año); y
- b) los casos de quebrantamiento de la pena, en los que tratándose de contravenciones de tránsito (segunda oración, parte final) el plazo de prescripción de la sanción es de dos años a contar desde que ésta se dejó de cumplir.

Los jueces de la Sala II (alegando realizar una interpretación que considera la finalidad de la norma, en armonía con el resto del sistema legal) entendieron que “la prescripción de la pena opera al año de su incumplimiento o quebrantamiento para las contravenciones comunes, y a los dos años para las de tránsito”, tal como ahora sí se encuentra regulado en el nuevo Código Contravencional (conf. ley 1472, art. 43).

Fundamentaron esa decisión sosteniendo que las contravenciones de tránsito presentan un régimen especial en materia de prescripción (tanto de la pena como de la acción) que amplía los plazos que tiene el estado para perseguir conductas o hacer cumplir sanciones. Sería —según lo que entendieron los camaristas— arbitrario por irrazonable y además violatorio del principio de igualdad ante la ley tratar de manera distinta las situaciones de incumplimiento y las de quebrantamiento de la sanción, dándole a las primeras un plazo menor para la prescripción de la pena (un año en lugar de dos) con el efecto de poner en peor situación procesal a quien comienza a cumplir la pena y por algún motivo deja de hacerlo, respecto de quien en ningún momento acepta la decisión de un tribunal de justicia y no comienza a cumplir su sanción.

Sobre la base de este argumento, entendieron que la ley también fijó en dos años el plazo de prescripción de la pena para las contravenciones de tránsito en los supuestos de incumplimiento (no sólo para los casos de quebrantamiento), conclusión que la defensa impugnó por considerar que implicaba una interpretación analógica en perjuicio del Sr. Paiz.

4. El modo en el que la Cámara interpretó el art. 32 del derogado Cód. Contrav. desconoce los principios constitucionales que rigen en materia contravencional.

En términos similares a los sostenidos en “Andretta, Carlos Hugo s/art. 41 —causa 648-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, sentencia del 15/5/2001, se debe recordar que los jueces tienen prohibido realizar una interpretación analógica *in malam partem* de las normas que en materia contravencional regulan la prescripción. La prescripción de la pena debe ser interpretada restrictivamente y sobre la base del principio *in dubio pro reo*, en tanto es una garantía a favor del condenado.

En el mismo sentido, en la causa “Falcone, Pedro A. y Casal, Eduardo A. s/infracción al art. 37, Cód. Contrav. s/recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 242/00, sentencia del 27/4/2000 (CyJ, Fallos TSJBA, II-1999, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 81 y ss.) indicamos que el derogado Código Contravencional —en su art. 4 específicamente— era fiel al *principio de legalidad* y, desprendido de él, a la *prohibición de la analogía*. Además, más allá de la discusión académica acerca de la posibilidad o imposibilidad de *prohibir la interpretación extensiva de la ley penal*, afirmamos que éste contenía el principio *in dubio pro reo*, en sentido material, equivalente a la prohibición de interpretar extensivamente las disposiciones del mencionado Código Contravencional (conf. art. 9°, ley 10).

No se trata de que el tribunal se involucre en la simple interpretación de normas infraconstitucionales. Por lo contrario, la tarea en esta instancia es la de verificar (frente al recurso del agraviado) si el fallo recurrido respeta principios constitucionales. Los jueces de la Sala II admiten que la interpretación del art. 32 del anterior Código Contravencional puede dar lugar a “confusiones” (en otras palabras, duda). Sin embargo, lo que la Cámara denomina de ese modo no es otra cosa que la existencia inevitable de diferentes maneras de interpretar una norma. En esos casos, los límites a la interpretación en materia contravencional son claros: básicamente, prohibición de la analogía *in malam partem* e *in dubio pro reo*.

5. En realidad, lo que se discute en este proceso es cuál es el alcance que a estas reglas de interpretación —y en definitiva, al sistema de garantías que rige la actuación del estado en materia contravencional— debe darse en la etapa de ejecución de la pena.

No existe elemento alguno en este proceso que permita concluir que los principios que rigen la interpretación de la materia contravencional se agoten o transformen una vez que la pena queda firme. El proceso comenzó con el labrado de un acta contravencional (fs. 2) y terminará el día en que la pena se extinga sea por cumplimiento, prescripción o cualquiera de las causales previstas en el art. 30 de ese Código. En tanto eso no ocurra el proceso está vivo y determinado en la interpretación de sus vicisitudes

por las reglas generales, en el caso, la prohibición de interpretación analógica *in malam partem e in dubio pro reo* en el sentido señalado anteriormente.

En consecuencia, el modo en que la Cámara resolvió el planteo de prescripción formulado, al desentenderse de la regla constitucional que, frente a dos interpretaciones posibles, la obliga a optar por aquella que más favorezca al condenado, adolece de un efecto insalvable.

La obligación dirigida a los jueces de interpretar de la manera más restrictiva posible (“máxima taxatividad interpretativa”, según la denominación de la que se vale el defensor) —obvia consecuencia del principio de legalidad material— impone descartar cualquier posibilidad de ampliar, por vía de la hermenéutica judicial, el poder punitivo estatal habilitado por las normas emanadas del órgano legislativo. El art. 32 del derogado Cód. Contrav. pudo haber querido fijar en dos años el plazo de prescripción de la pena por contravenciones de tránsito. Sin embargo, no lo hizo; la lectura del artículo permite concluir que sólo lo dispuso en casos de quebrantamiento de la sanción. Las razones por las que el producto legislativo final quedó redactado de la manera en que efectivamente quedó exceden el orden de valoraciones que puede legítimamente realizarse en esta instancia en la que sólo cabe atenerse a una interpretación, vale reiterarlo, compatible con los principios generales que rigen en materia contravencional.

Cuando —como en el caso en análisis— se incumple una pena, no es relevante conocer si fue impuesta por una contravención de tránsito o por cualquier otra clase de contravención, en razón de que la norma aplicable fijó un único plazo de prescripción de la sanción (un año). El principio de legalidad impide acudir a interpretaciones que extiendan ese plazo cualquiera sea el fundamento que se pretenda utilizar (en el caso, en palabras de los jueces de la Cámara Contravencional, una “interpretación teleológica, en armonía con el resto del ordenamiento legal”).

Al momento de sancionar el Código Contravencional —o mejor cuando se reformó su art. 32 a través de la ley 42— podía haber existido —o no— la voluntad legislativa de prolongar los plazos de prescripción de la pena en las contravenciones de tránsito, cuando aquellas fueran incumplidas; si se pretendía fijar ese criterio o no es un dato irrelevante para resolver el caso porque no corresponde al Poder Judicial corregir, *en perjuicio del recurrente*, los defectos de redacción de las leyes (de hecho, la Legislatura local entendió que debía modificar este artículo al sancionar el nuevo Código Contravencional a través de la ley 1472, vigente a partir del 23/1/2005).

En definitiva, sólo una interpretación literal del art. 32, Cód. Contrav. resiste un test constitucional; la intentada por los jueces de la Sala II de la Cámara Constitucional, por los argumentos expuestos, no lo logra.

6. Por último, es del caso mencionar que la Sala II invocó el principio de igualdad ante la ley para ampliar el plazo de prescripción de la pena en casos de incumplimiento asimilándolos a los de quebrantamiento (en los que se cuentan dos años desde que se deja de cumplir la sanción). El razonamiento desvirtúa los principios constitucionales vigentes porque utiliza en perjuicio del Sr. Paiz un derecho consagrado en su favor (el de igualdad ante la ley). Del mismo modo, tampoco es correcto indicar que la interpretación de la Cámara tome en cuenta todo el ordenamiento jurídico aplicable ya que justamente deja de lado las reglas de jerarquía constitucional por las que la solución que debió adoptarse era declarar la prescripción de la pena en favor del Sr. Paiz.

7. En conclusión, la interpretación efectuada por los jueces de la Sala II de la Cámara de Apelaciones no respeta las reglas de interpretación de la materia contravencional vigentes (esto es, la prohibición de analogía *in malam partem* derivada del principio de legalidad material), por lo que corresponde hacer lugar al recurso presentado, anular el pronunciamiento impugnado por haber aplicado erróneamente el derecho sustantivo y, en ejercicio de la competencia positiva del tribunal, declarar extinguida por prescripción (conf. art. 30, inc. 2º, y 32, Cód. Contrav. aprobado por ley 10) la pena impuesta al Sr. Mario Paiz en la sentencia del 18/7/2003 (fs. 25/6).

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Parece comprensible la afirmación de que el TSJ, como lo he expresado en numerosas sentencias (cf., entre otros, punto 2 de mi voto en “Pattarone, César Marcelo José s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado” en “Pattarone, César Marcelo José y Zava, Cristian s/art. 72 del Cód. Contrav. —apelación”, expte, n° 2809/04, sentencia del 24/5/2004) no es un tribunal de mérito, pues le son ajenas tanto las cuestiones de hecho, como la interpretación de la ley común. De otro modo, se trataría de una nueva instancia de mérito y todos los procesos deberían concluir en él como última instancia. Pues a ello conduce la errónea afirmación de que todo problema de interpretación de la ley penal —en este caso, contravencional— constituye un problema relativo al *principio de legalidad*.

Leído atentamente el recurso, y por fuera de afirmaciones y giros semánticos, él plantea sólo su discrepancia con la interpretación que ha merecido el art. 32, del entonces vigente Cód. Contrav., por parte del tri-

bunal de mérito (juzgado y cámara). El mismo recurso admite, en cierta manera, que existen dos interpretaciones posibles y elige, conforme a su misión, la que más conviene a su representado. En este sentido, es claro que los jueces de mérito no han creído, por referencia a una regla más justa o más conveniente políticamente, que la prescripción de la pena, en el caso, deba cumplirse al año, sino que han fundado la interpretación de que el art. 32 del hoy derogado Cód. Contrav., aplicable al caso, fija para las contravenciones de tránsito el plazo de dos años tanto para el cumplimiento de la pena como para el quebrantamiento del cumplimiento de esa pena. Eso, en principio, es lo único que exige la C.N., 18, esto es, que los jueces funden la pena en la ley y no en argumentaciones extrañas a ella. Por lo demás, no es unánime la doctrina que aplica el *in dubio pro reo* a la interpretación de la ley como expresión de un mandato constitucional, ni aquella que introduce en el principio de legalidad la necesidad de la *interpretación restrictiva*. Sin embargo, los jueces de mérito no han estimado interpretar *extensivamente* la ley, sino, tan sólo, han elegido una interpretación plausible y razonable. Precisamente, los autores que no han referido la necesidad de la interpretación restrictiva como corolario del principio de legalidad (NÚÑEZ, Ricardo: *Derecho penal argentino. Parte General*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1964, pp. 200 y ss.), han fundado su opinión en el riesgo de que se entienda que sólo se pueda optar por la más favorable al imputado. Ello conduciría al ridículo —a la carencia de interpretación posible—, pues, por poseer las palabras de la ley una extensión siempre cuestionable, nada sería punible según ella en extremo. Valga como ejemplo, para el imputado varón, sostener que no ha matado a “otro”, sino a “otra” (víctima femenina), interpretación seguramente más favorable a él y fundada en las palabras de la misma ley (conf. art. 79, C.P.).

Para que triunfe la invocación del principio de legalidad, la interpretación debe ser, claramente, *contra legem*, e invocada de esa manera por el recurrente. Éste no es el caso y en ello él se diferencia del traído a colación por el recurrente: nótese que allí se parte, según el recurso interpuesto, de una “creación pretoriana” de una regla de derecho —la interrupción de la prescripción de la acción por el llamado a la audiencia del juicio, en lugar de la celebración de esa audiencia, tal como lo regula claramente el art. 31 del Cód. Contrav. entonces vigente—, que la sentencia de este Tribunal consideró contraria *ostensiblemente* al texto de la ley (véase mi voto en “Andretta, Carlos Hugo s/art. 41 —causa 648-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte n° 811/01, sentencia del 15/5/01, en *CyJ, Fallos TSJBA*, III-2001, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 230 y ss.). A mi juicio, se trata aquí de un exceso verbal el denominar la

interpretación de los jueces de mérito como *aplicación analógica* del derecho. En purismo, la falta de cumplimiento de la pena es tan sólo un caso de quebrantamiento de ella (C.P., 66; conf., también, Proyecto de Código Penal 1960, art. 330 —*quebrantamiento de inhabilitación*—, hoy legislación positiva a través del C.P., 281 bis: quebrantamiento = falta de cumplimiento total o parcial); no es comprensible de qué manera el quebrantamiento, interpretado como falta de cumplimiento sólo parcial, puede conducir a un plazo de prescripción más largo que el común. Si se lo mira atentamente, el llamado *quebrantamiento* no es otra cosa que un motivo de interrupción de la prescripción de la pena (C.P., 66, aplicable conforme al art. 10, Cód. Contrav., texto original).

En consecuencia, y de conformidad con lo dictaminado por el fiscal general, el recurso ha sido mal concedido y voto para que así se declare.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Por los fundamentos expuestos por el señor fiscal general en su dictamen de fs. 124/126, considero que el recurso de inconstitucionalidad fue incorrectamente concedido, y debe ser declarado inadmisibile.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Tal como lo señala el señor fiscal general en su dictamen obrante a fs. 124/126 —a cuyos términos me remito en homenaje a la brevedad—, el recurso de inconstitucionalidad ha sido mal concedido y, en consecuencia, debe ser declarado inadmisibile.

La interpretación que debe darse al art. 32 del anterior Cód. Contrav. remite a la consideración de aspectos que, por regla, resultan propios de los jueces de la causa. En el caso, por lo demás, de la lectura de la sentencia objetada se desprende que dicha hermenéutica, más allá de su acierto o desacierto, se exhibe como una derivación razonada del derecho vigente que se encuentra debidamente fundada.

En síntesis, considero que la recurrente ha construido sus agravios a partir de una discrepancia sobre la interpretación de una norma infraconstitucional y no ha logrado demostrar que exista relación directa entre la garantía constitucional que se dice violentada y el contenido concreto del pronunciamiento atacado. Además, a mi juicio, no se han rebatido de manera suficiente todos los desarrollos que los jueces de la causa brindaron para desestimar por irrazonable esa *otra* interpretación del anterior art. 32, Cód. Contrav. que se pretende. Si bien es cierto que la defensa invoca el principio constitucional de legalidad, en el recurso no se ha logrado explicar de manera plausible la razón que permita comprender por qué a una persona que *incumplió totalmente* una pena se le debe apli-

car un plazo de prescripción *menor* que el previsto para un sujeto que incurrió en un *quebrantamiento* de la misma.

Por las consideraciones expuestas, corresponde declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto.

Así lo voto.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el fiscal general, por mayoría

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Declarar* mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto a fs. 100/110 vta.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva el expediente a la Sala II de la Cámara Contravencional.

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

XLVIII

“MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORA OFICIAL
EN LO CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 4—
S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD
DENEGADO, EN: ‘BRITES, TERESA LILIANA S/INFRACCIÓN
ART. 68, CÓD. CONTRAV. —APELACIÓN”

RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad formal.

Recurso de inconstitucionalidad. Admisibilidad. Suministro de bebidas alcohólicas. Tipificación del hecho punible.

Pena de arresto. Arbitrariedad de sentencia. Principio de congruencia. Derecho de defensa en juicio. Principio de máxima taxatividad (legalidad). Derecho común. Cuestiones de hecho y de prueba.

Expte. nº 3812/05 - 8/6/2005

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El día 9/8/2004 la titular del Juzgado en lo Contravencional y de Faltas n° 16 resolvió no hacer lugar a los planteos de inconstitucionalidad de los arts. 11, 22 y 68 del Cód. Contrav. deducidos por el Defensor Oficial y condenar a Teresa Liliana Brites a cumplir la pena de cinco días de arresto en el establecimiento que la Ciudad de Buenos Aires posee a tal fin, por considerarla autora responsable de la contravención prevista en el art. 68 de la ley 10 (fs. 122/130, autos principales).

2. Tras un recurso de apelación de la defensa (fs. 44/72 vta.) la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional confirmó la sentencia de primera instancia en cuanto no hizo lugar a los planteos de inconstitucionalidad de los arts. 11, 22 y 68 del Cód. Contrav. También confirmó parcialmente la condena a Brites, por considerarla autora responsable de la contravención prevista en el art. 68 de la ley 10, y modificó el monto de la pena impuesta que quedó reducida a un día de arresto de cumplimiento efectivo (fs. 190/200, autos principales).

3. Contra esa sentencia el defensor de Brites interpuso un recurso de inconstitucionalidad estructurado sobre la base de lo que denominó cinco “puntos temáticos”:

- a) arbitrariedad —vulneración de la garantía de defensa en juicio—, en tanto entiende que su planteo de inconstitucionalidad del art. 68, Cód. Contrav. fue rechazado mediante el uso de expresiones que remiten a cuestiones de hecho y prueba y afirmaciones dogmáticas que calificó de intrascendentes y sin sustento legal alguno;
- b) violación del principio de correlación entre la acusación y la sentencia, por cuanto el Ministerio Público Fiscal habría ampliado ilegítimamente la imputación realizada a su defendida sin que se diera oportunidad a Brites de defenderse materialmente de los nuevos hechos o circunstancias agregadas a la acusación inicial, con la consiguiente lesión a las garantías del debido proceso legal y la defensa en juicio;
- c) inconstitucionalidad del art. 68, Cód. Contrav., en razón de que la norma no satisface la regla de máxima taxatividad legal que deriva del principio de legalidad (art. 18, C.N. y 13.3, CCBA) al incluir el término “adyacencias”, que por su vaguedad conduce —a criterio del recurrente— a la más absoluta arbitrariedad interpretativa;
- d) inconstitucionalidad del art. 11 inc. 10, Cód. Contrav., porque establece la pena de arresto en el ámbito de la Ciudad de Buenos

Aires sin que exista norma alguna de jerarquía constitucional que, frente al derecho a la libertad (arts. 14 y 18, C.N. y 13, CCBA), habilite al legislador local a establecer una figura sancionatoria del grave nivel restrictivo que el arresto implica; y

- e) inconstitucionalidad del art. 22, Cód. Contrav., último párrafo, en tanto contempla el arresto como pena principal de aplicación directa para el caso del art. 68, Cód. Contrav., lesionando así el principio de proporcionalidad (corolario de los principios de legalidad y retributividad) que indica que la clase y monto de las penas legalmente predeterminadas debe guardar una relación de proporcionalidad con la naturaleza y gravedad de las contravenciones, excluyendo como legítima la conminación de cualquier sanción que exceda de los límites impuestos por el grado de lesividad de la conducta reprimida (fs. 204/226 vta. de los autos principales).

4. La Cámara de Apelaciones en lo Contravencional rechazó el recurso de inconstitucionalidad por entender que la arbitrariedad de sentencia como cuestión constitucional atiende a cubrir supuestos excepcionales y que no podía concederse el recurso por ese motivo en el caso sin incurrir con ello en un tratamiento ordinario de la competencia del TSJ; que el planteo del defensor en lo relativo a la violación del principio de correlación entre la acusación y la sentencia no supera la calidad de genérica invocación del derecho de defensa, sin demostrar la concreta afectación al derecho constitucional aludido; que el defensor no conecta sus agravios con las circunstancias del caso y pretende que el TSJ analice la constitucionalidad del art. 68, Cód. Contrav. en abstracto; que tampoco demuestra, al impugnar la constitucionalidad del art. 11, inc. 10, Cód. Contrav., que cada pena determinada por el legislador local requiera la previa habilitación del poder constituyente y que este motivo no involucra un caso constitucional de entidad suficiente para ingresar a la vía extraordinaria; y, por último, que las meras comparaciones efectuadas sin demostrar suficientemente la razón de la desproporcionalidad que alega al pretender la declaración de inconstitucionalidad del art. 22, Cód. Contrav., último párrafo, no habilitan la concesión del recurso (fs. 236/239 de los autos principales).

5. El defensor de Teresa Liliana Brites presentó recurso de queja (fs. 97/122 vta.) contra esa resolución. Allí expuso los antecedentes del caso, criticó detalladamente la resolución que rechazó el recurso de inconstitucionalidad y reiteró al tribunal los agravios que fundaron aquel recurso.

Sintéticamente, argumentó que la Cámara respondió a sus agravios con afirmaciones dogmáticas; que Brites fue condenada en razón de lo

previsto en el art. 68, Cód. Contrav. y erróneamente se consideró abstracto su planteo de inconstitucionalidad de dicha norma, y, finalmente, que la Cámara se excedió en su intervención al pronunciarse sobre el fondo de sus planteos de inconstitucionalidad de los arts. 11, inc. 10 y 22, último párrafo, Cód. Contrav.

6. Por su parte, el fiscal general adjunto consideró que las cuestiones de inconstitucionalidad deducidas respecto de los arts. 68, 11 y 22 de la ley 10 se encuentran relacionadas con la reglamentación de expresas garantías constitucionales y la solución del caso está directamente vinculada con su aplicación (art. 27, ley 402), motivo por el cual la queja es parcialmente procedente.

En lo que respecta a los restantes aspectos del recurso de inconstitucionalidad, entendió que éste fue acertadamente rechazado por la Cámara e hizo suyos los argumentos vertidos en aquella resolución (fs. 129/132).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. La queja ha sido interpuesta en legal tiempo y forma (conf. art. 33 de la ley 402) y se dirige contra una sentencia definitiva del tribunal superior de la causa (conf. art. 27 de la misma ley). Contiene una exposición clara y ordenada de los antecedentes del caso así como una crítica directa de la resolución por la que se rechazó el recurso.

2. En primer lugar, las argumentaciones de la defensa en torno a la supuesta arbitrariedad de la sentencia que impugna no habilitan la vía que se intenta. Es que, como lo tiene dicho la CSJN, “La doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados o que se reputan tales, sino que tiende 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*, 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 608 y 323:2196, entre otros), supuestos que no se verifican en el caso (conf. lo resuelto, entre otros, en “Ministerio Público–Defensora Oficial en lo Contravenacional n° 7 s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Matto Benítez, Pascual s/ley 255 —apelación’”, expte. n° 2166/03, resolución del 14/5/2003).

En forma reiterada este 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 (*in re* “Federación Argentina de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción de inconstitucionalidad”, expte. n° 49/99, resolución del 25/8/99 y sus citas, en *CyJ, Fallos TSJBA*, I-1999, 2001, pp. 282 y ss.).

3. El defensor alega a continuación que la sentencia objetada habría convalidado una violación al principio de congruencia. Expresa que en el caso se imputó a Brites el suministro de sólo una botella de cerveza en un envase plástico y que luego, tras lo que considera una ilegítima ampliación de la base fáctica efectuada por el señor fiscal en su alegato, su defendida resultó condenada en razón del suministro de varias botellas de alcohol.

Así, en concepto de la defensa, la modificación en la imputación afecta las garantías del debido proceso legal y la defensa en juicio (arts. 18, C.N., 8°, CADH y 14, PIDCP). Además, aduce que se tomó dicha imputación ilegítima como elemento de graduación de la pena impuesta, lo que acredita el daño producido por la invalidez del procedimiento que se describe (fs. 104/104 vta. de la queja).

Considero que esta alegación se sustenta sobre argumentos constitucionales suficientes y, por lo tanto, corresponde declarar que la queja en este punto resulta formalmente procedente y el recurso de inconstitucionalidad fue incorrectamente denegado.

No obstante, el agravio no puede tener acogida favorable. Ello así, pues se advierte que la descripción de la defensa no resulta ajustada a las constancias de la causa, ni ha argumentado el recurrente respecto de la forma en que efectivamente en este caso la invocada ampliación de la imputación habría vulnerado el derecho de defensa de Brites.

En efecto, ni en el acta contravencional que diera inicio a las actuaciones (fs. 4, autos principales), ni en el requerimiento de juicio (fs. 34/35, autos principales), se hizo referencia al suministro de una única botella de cerveza. Textualmente, en el punto 2 del requerimiento de elevación a juicio, titulado “Relación de los hechos”, puede leerse que “se le imputa a la Sra. Brites, haber suministrado a dos personas de sexo masculino bebidas alcohólicas, el día 29/4/2004, a las 18:00 hs, en el local sito en la calle Martín Rodríguez 612 (...), zona adyacente al Club Atlético Boca Juniors”.

Así, si bien finalmente la sentencia condenatoria determinó que Brites “suministró a dos hombres jóvenes, entre tres y cuatro botellas de cerveza de litro” y que “(...) el contenido del último envase fue traspasado a uno de plástico” (conf. fs. 23), no se advierte que se hayan incorporado al debate elementos que merezcan la tacha de sorpresivos (ni tampoco se

refirió a esta circunstancia el defensor al replicar con anterioridad a la finalización del debate). La defensa, en definitiva, conoció en todo momento en qué consistía la imputación.

Asimismo, al impugnar la sentencia de Cámara sobre la base de una vulneración del principio de congruencia, el defensor omitió demostrar de qué forma la circunstancia a la que se viene haciendo referencia imposibilitó o perjudicó la defensa de Brites. La determinación de la cantidad de bebidas alcohólicas suministradas por la imputada, de acuerdo a lo resuelto por los jueces de la causa, no pudo resultar una sorpresa para la defensa toda vez que siempre se hizo referencia a “bebidas alcohólicas” y todos los sucesos constitutivos de la base fáctica contenidos en la sentencia (y en el requerimiento de juicio) tuvieron lugar en idéntico tiempo, modo y circunstancias. Además, se insiste, tampoco el defensor indicó las defensas concretas que se hubieran opuesto de no mediar la modificación alegada, y, en especial, los medios de prueba omitidos a partir de esta circunstancia. Concretamente, ya la CSJN ha dicho en numerosos precedentes que “(n)o procede el recurso extraordinario fundado en la violación del derecho de defensa si el recurrente no destaca de qué pruebas o defensas se vio privado y cuál sería la incidencia que ellas habrían tenido en la decisión del caso” (*Fallos*, 300:047; 302:1565; 310:360).

Finalmente, corresponde aclarar que los pronunciamientos de la CSJN que menciona la defensa en su recurso de queja se relacionan con situaciones sustancialmente diferentes de la que aquí nos ocupa, puesto que en ellos se determinó que las condenas impugnadas sí habían incluido hechos diversos a los contenidos en las respectivas acusaciones y se había impedido la defensa material y técnica a ese respecto, circunstancia que, en razón de lo explicado en los párrafos precedentes, no se ha acreditado de manera suficiente en el presente proceso.

El recurso de inconstitucionalidad, entonces, debe ser rechazado por este motivo.

4. En torno a la alegada inconstitucionalidad del art. 68, Cód. Contrav., en razón de la vulneración del principio de máxima taxatividad —legalidad—, la parte recurrente elabora su agravio sin relacionarlo con las cuestiones ventiladas durante el debate. Es claro que Brites resultó condenada por la aplicación de la norma en cuestión y que la expresión “adyacencias”, entendida como “proximidad”, se puede encuadrar en aquellas que requieren un enjuiciamiento previo del operador jurídico para precisar si concretamente concurre el supuesto de hecho contemplado de manera indeterminada. Sin embargo, también es de toda evidencia que existe un ámbito claramente abarcado por la expresión (a partir de su sig-

nificado usual o corriente) y en el caso concreto el precepto permitió conocer qué características debía tener la conducta punible. Los jueces de la causa determinaron que, efectivamente, el suministro de las bebidas por el que se juzgara a Brites tuvo lugar en las adyacencias de un estadio, y su interpretación no resulta artificiosa. Por lo demás, la imputada, al ser interrogada en el debate por el fiscal sobre si tenía conocimiento de que horas antes de un partido no se podía vender alcohol en el comercio, dijo que “sólo escuchó decirlo, pero no le dio importancia porque ella no toma ni bebe alcohol” (fs. 7 vta. de la queja). En el caso, entonces, no se ha acreditado que la supuesta imprecisión del término “adyacencia” provocara un menoscabo a los derechos y garantías constitucionales que asisten al justiciable.

A ese respecto tiene dicho la CSJN que “si bien la correcta configuración de los tipos penales obliga a determinar en forma precisa los modos de conductas sujetas a punición, no existe obstáculo constitucional para que, cuando el contenido de los deberes o de las prohibiciones dependa de una valoración a realizar en vista de circunstancias concretas e insusceptibles de enumeración previa, sea la autoridad jurisdiccional quien aplique esa valoración. Esta atribución encuentra límite a su vez en la necesidad de que el ordenamiento contenga una remisión suficientemente clara al contexto valorativo condicionante de la aplicación del precepto como para posibilitar el conocimiento de los deberes por quienes deben cumplirlo” (*Fallos*, 306:1347). Asimismo, resulta pertinente tener presente la vigencia —puntualizada por el señor fiscal general adjunto— de la ordenanza n° 52.290 publicada en el *BOCBA*, n° 417 del 31/3/1998, que circunscribe las “zonas de seguridad urbana” con centro en los estadios de fútbol de la Ciudad de Buenos Aires (art. 1°).

Sentado ello, lo atinente a si el local en el que tuvieran lugar los hechos de esta causa se encontraba o no dentro de un radio que pueda considerarse abarcado por el tipo contravencional en cuestión, remite a cuestiones de hecho, prueba y derecho común ajenas, en principio, a la intervención de este Tribunal (doctrina de *Fallos*, 310:1909).

Por ello, el recurso ha sido correctamente rechazado en lo que hace a este agravio.

5. También corresponde rechazar la queja interpuesta en cuanto a la alegada inconstitucionalidad de los arts. 11, inc. 10, y 22, último párrafo, Cód. Contrav.

En el primer caso porque la vía utilizada por el recurrente no resulta apta para que el Tribunal conozca en planteos abstractos de inconstitucionalidad como el efectuado, para los que el constituyente local ha previsto

otras herramientas procesales específicas (véase al respecto mi voto en “Ministerio Público —Defensor Oficial Contravencional y de Faltas N° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Oniszczyk, Carlos Alberto s/infracción ley 255 —apelación’”, expte. n° 3171, resolución del 16/12/2004).

En el segundo, porque la defensa no ha logrado demostrar, más allá de las consideraciones teóricas en torno al requisito constitucional de proporcionalidad entre la clase y cuantía de la pena y la naturaleza y gravedad de la contravención, que tal relación no se constate entre el hecho imputado en el caso y la pena impuesta a Brites (un día de arresto).

6. En cuanto a lo solicitado por el señor fiscal general adjunto en el punto VII de su dictamen, nada obsta a que tal cometido sea cumplido por el propio representante del Ministerio Público, de estimarse ello procedente.

Sobre la base de las consideraciones expuestas, corresponde: *a)* declarar formalmente admisible la queja respecto del agravio puntualizado en el punto 3 precedente y rechazar el recurso de inconstitucionalidad en la parte que fue mal denegado; y *b)* rechazar la queja respecto de los restantes agravios contenidos en ella.

Teniendo en cuenta la decisión a que se arriba —en cuanto habilita parcialmente la procedencia formal de la queja—, resulta innecesario pronunciarse sobre el planteo de inconstitucionalidad referido a la exigencia del depósito previsto para los recursos de queja que surge del art. 34 de la ley 402.

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero al voto del juez José O. Casás. Sin perjuicio de ello, considero pertinente señalar que la óptica con la que la defensa evaluó lo decidido por la Cámara con relación a la constitucionalidad del art. 68 del Cód. Contrav. fue equivocada. A su entender “...las cuestiones que hacen al control de constitucionalidad no pueden estar sometidas a los hechos producidos en cada proceso, sino, por el contrario, a un amplio marco de análisis que permita entender si una norma, en abstracto, es clara, precisa y comprensible por los individuos a quien aquella está dirigida (principio de máxima taxatividad legal)...”; tal afirmación no se compadece con las particularidades del sistema de control difuso de constitucionalidad, aplicado en el caso, pues lo propio de éste es que el análisis de la cuestión se haga teniendo en consideración —precisamente— las circunstancias concretas que se enfrentan (véase BIANCHI, Alberto: *Control de constitucio-*

nalidad, Ábaco, Buenos Aires, 1992, pp. 172 y ss.) y no una valoración de carácter general y abstracto, que es propia de otros marcos procesales, como el de la acción declarativa de inconstitucionalidad prevista en el art. 113, inc. 2º, de la CCBA.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. En principio, concuerdo casi totalmente con el voto del señor juez de trámite. Con respecto a la *arbitrariedad* basta remitirse a lo expresado y citado por el señor juez de trámite. Según puede verse en la jurisprudencia del tribunal, yo soy todavía más exigente respecto de este motivo pues, precisamente, no lo considero por sí mismo un motivo de impugnación de la sentencia por inconstitucionalidad (véase mi voto en “Compañía Meca S.A. c/DGR [resol. 429-DGR/00] s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 2630/03 y sus acumulados exptes. n° 2538/03 y n° 2585/05, sentencia del 12/8/2004, y sus citas). Es evidente que la sentencia posee fundamentos aplicados al caso, que, aunque no satisfagan al recurrente, e, incluso, aunque pudieran no satisfacer a algún juez del tribunal, no constituyen argumentos sólidos para el recurso de inconstitucionalidad, pues él no tiene por objeto conceder una instancia de mérito más al recurrente, ni instituye al tribunal como una nueva instancia en ese sentido. La sentencia impugnada se sostiene por sí misma, incluso en la parte que rechaza el planteo de inconstitucionalidad efectuado por la defensa durante el procedimiento común y la instancia de mérito.

El tipo contravencional (art. 68 del Cód. Contrav. entonces vigente) satisface las exigencias descriptivas, a contrario de lo que opina el recurrente, y no sólo lo hace por interpretación de aquello que quiere significar la palabra *adyacencias*, sino, también, por aquella ordenanza local (52.290) que cita el fiscal general adjunto en el punto 5 de su dictamen, radio dentro del cual se hallaba el lugar del hecho, según la descripción de la sentencia condenatoria (véase fs. 193 vta. del expediente principal, voto del juez Saez Capel al que adhieren, sobre el punto, los jueces Vázquez y Marum). Las consideraciones del señor juez de trámite bastan para responder a las objeciones de la defensa.

En cuanto a la invocación de la inconstitucionalidad de los arts. 11, inc. 10, y 22, último párrafo, del Cód. Contrav. vigente originariamente (texto reformado por la ley local 162) —previsión de la pena de arresto— resulta claro que el recurrente no ha dado argumento alguno para indicar qué norma de la Constitución local prohíbe esa pena; sólo ha explicado que no estaría permitida, en virtud de que no halla esa permisión en las reglas de la Constitución local. Y ello, como argumento, constituye un

error evidente, pues alcanzaría al mismo Código Penal, en tanto prevé la pena privativa de libertad, pues tampoco la Constitución Nacional contiene una permisión expresa, según lo exige el recurrente; cuando más se puede llegar por vía interpretativa a un permiso similar (“las cárceles serán sanas y limpias...”, art. 18, C.N., siempre que esta expresión no se refiera al arresto procesal del mismo artículo). Con referencia a esta pena de arresto también es aparente la impugnación constitucional por imposibilidad de elección para el tribunal que condena. De la misma manera que algunas figuras del Código Penal, por razones que no viene al caso discutir aquí, la ley concede menor ámbito de discreción a los jueces (sólo limitado a la cantidad de arresto, sin posibilidad de eludir la clase de pena), y el recurrente no ha explicado de manera alguna por qué esa discrecionalidad limitada llega a ser contraria al texto constitucional (incluso, inmediatamente después de la creación del Estado de derecho, se llegó a pensar en penas fijas, en homenaje a la igualdad y nadie niega que las *escalas penales* son, en menor proporción que las medidas de seguridad y corrección, uno de los únicos resultados vigentes del positivismo criminológico posterior al Estado de derecho).

Respecto de la pena de arresto, el señor fiscal general adjunto introduce una cuestión totalmente fuera del agravio del recurrente, razón por la cual el límite que significa ese agravio para este fallo —esto es, para la competencia concreta del tribunal del recurso (L.P.C., 6º; CPPN, 445, I)— resulta decisivo. El señor fiscal general adjunto advierte que, en el texto actual del Cód. Contrav., la misma prohibición aquí aplicada no está amenazada con pena de arresto, esto es, su razonamiento conduciría a la aplicación de la legislación más benigna (C.P., 2º; Cód. Contrav., 8º, texto anterior y Cód. Contrav., 9º, texto actual). Empero, a renglón seguido, opina que la pena de arresto es más benigna que la de multa, no tanto por la clase sino por el importe de una pena divisible. Sin embargo, el Código Contravencional no contiene —como el C.P., 5º y 57— una disposición que eslabone las penas según su gravedad por clases. Por lo contrario, el Código Contravencional parece partir de amenazas sancionatorias equivalentes, en el sentido de la elección del legislador o del juez de alguna de ellas. Si fuera así, queda sin sustento la opinión expuesta por el señor fiscal general adjunto, opinión que, de todas maneras, tampoco coincide con la gradación del Código Penal, puesto que él no compara por clases de pena (arresto y multa), sino, antes bien y más concretamente, por la cantidad de cada una de ellas cuando se trata de penas divisibles. De todos modos, como lo expuse, es inadmisibles ingresar a esta discusión —de por sí compleja según el valor que el intérprete le adjudique a la remisión del Cód. Contrav., 20, texto actual— sin agravio concreto del recurrente.

2. Hasta aquí mi coincidencia con el fallo del señor juez de trámite. La impugnación de la sentencia por interpretación de aquello que significa la reproducción en la sentencia del caso imputado en la acusación (*principio de correlación entre la acusación y la sentencia, como parte del derecho de defensa*) también me parece meramente aparente. No sólo es correcto lo explicado por el señor juez de trámite al rechazar el recurso que previamente abrió, sino que, además, esa correlación sólo implica que el hecho histórico sobre el cual se pronuncia el tribunal coincida con el que ha sido objeto de la acusación y la imputación contenida en ella. Tal hecho histórico no varía por la comprobación, por ejemplo, de que un collar hurtado tenía doce gemas en lugar de diez o viceversa, o de que el objeto del hurto fueran \$ 50 en lugar de \$ 100 o viceversa (conf. BELING, Ernst: *Derecho procesal penal* [trad. Fenech], Labor, Barcelona, 1943, § 26, I, p. 80; y *Derecho procesal penal* [trad. Goldschmidt-Núñez], Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba [R.A.], 1943, § 62, IV, p. 167). Se trata de la unidad histórica del hecho imputado y no de otra cosa, pues la sentencia responde, en cuanto a la verdad de los hechos, a las verificaciones que emergen del debate. Por tal razón, el argumento que insiste en la violación del derecho de defensa es tan sólo aparente: la sentencia se refiere al mismo hecho histórico imputado, más allá de que ella contenga una precisión mayor respecto de la cantidad de bebida alcohólica proporcionada.

3. Salvo que el señor fiscal general adjunto invoque que por una razón fáctica no puede llevar a cabo la acción que solicita en el punto VII de su dictamen, no se entiende la razón por la cual pretende que este Tribunal la realice por él; los autos han estado en su despacho y puede llevarlos cuando lo estime necesario.

En conclusión, y por las razones que sustentan mi voto, propongo rechazar el recurso de queja articulado por la defensa de Teresa Liliana Brites.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. En lo que hace a los agravios de arbitrariedad y violación del principio de congruencia, adhiero al voto de mi colega Dr. Casás. También comparto su voto en lo que respecta al planteo de inconstitucionalidad del art. 22 de la ley 10.

2. Corresponde en cambio, hacer lugar a la queja, y declarar mal denegado el recurso de inconstitucionalidad, en lo que hace a la tacha dirigida contra el art. 68 de la ley 10, que, según el recurrente, es violatorio del principio de máxima taxatividad legal, componente esencial del de

legalidad (arts.18, C.N. y 13.3, CCBA), por utilizar el término “adyacencias”, concepto que el recurrente, por vago, estimó que conduciría a una aplicación absolutamente arbitraria del citado artículo.

El término “adyacencias” es efectivamente impreciso, como lo son en mayor o menor medida las palabras que refieren clases o categorías de objetos, o que expresan lo que los juristas denominan “conceptos jurídicos indeterminados”. Según Jescheck “(...) el mandato de certeza debe garantizar también que cualquier persona pueda saber de antemano qué comportamiento se encuentra prohibido y conminado con pena” [Nota: JESCHECK, Hans H.: *Tratado de derecho penal*, 4ª ed., trad. de José L. Samaniego, Comares, Granada, 1993, p. 122] posibilidad contra la cual conspira la apuntada imprecisión. Considero, sin embargo, que no asiste razón al recurrente en cuanto adjudica a la vaguedad de la voz *su examine* la potencialidad de impedir a las personas “saber cuál es el ámbito de prohibición de la norma” —fs. 114 de la queja—, ya que la dificultad cuestionada no es insuperable para el sujeto, ni fácilmente sorteable por el legislador mediante el empleo de otras voces. La vaguedad que funda la tacha se refiere sólo a una modalidad del tipo, mientras que no ha merecido reparo la delimitación del verbo típico. La conducta prohibida consiste en “suministrar bebidas alcohólicas”. Tampoco ha merecido reparo el acontecimiento denominado “espectáculo deportivo o artístico masivo” o el momento o periodo en el que la actividad está prohibida, “4 horas previas a la iniciación y una hora después de su finalización”. Finalmente, no hay razones para pensar que el legislador buscó aprovechar la vaguedad del término “adyacencias” en perjuicio de los potenciales transgresores, toda vez que dicha palabra no viene a sustituir otra que describa con mayor precisión el lugar en el que la conducta que la norma busca captar vulnera el bien jurídico tutelado. En cambio, acomoda bien a la necesidad de referir a realidades que, tal como destacó con todo acierto el *a quo*, difieren “(...) por la circunstancia de que no todos los espectáculos deportivos, o artísticos masivos, convocan a la misma cantidad de espectadores, de allí que no resulta equivalente suministrar bebidas alcohólicas a tres cuerdas de un estadio donde juegue Boca Juniors, como ocurrió en el caso, que en algún otro evento donde jueguen otros equipos que, notoriamente, convocan menos gente. La tutela del bien jurídico reclama dicha discriminación”. Es decir que el sujeto tiene elementos suficientes como para desechar el carácter ilícito de la mayoría de sus conductas y volcarse a la más estricta determinación de lo que constituye el lugar —“adyacencias”— cuando alguna de ellas reúne los elementos centrales enunciados de acción y lugar. Al igual, los tiene el juez que no queda condenado a vagar en el mar de su albedrío, sino que encuentra fácilmente guías para la delimitación de las “adyacencias” relevantes.

En situaciones de esta especie, la CSJN tiene resuelto “(...) la ley previa no importa necesariamente que la figura penal contenga una descripción

formalmente agotada, y no existe obstáculo constitucional alguno para que cuando el contenido de los deberes o de las prohibiciones dependa sustancialmente de una valoración a realizarse en vista de circunstancias concretas insusceptibles de enumeración previa, sea la autoridad jurisdiccional quien determine y aplique esa valoración cultural” (*Fallos*, 310:1909 con cita de *Fallos*, 300:100; 303:2024; 306:1347). No es ocioso destacar que, en el precedente citado, la Corte Suprema se expidió a favor de la constitucionalidad del término “obsceno”, integrante del tipo penal que se cuestionaba, considerando que no vulneraba del principio de legalidad. Ese término posee una mayor, y en verdad más rigurosa, incertidumbre, ya que rondan en torno a él valoraciones morales, que dividen claramente a la sociedad, y, a su vez, el tipo cuestionado se relaciona en forma directa con la libertad de expresión; consideraciones que justifican elevar el estándar constitucional, y que no se encuentran presentes en este caso.

Por ello propicio confirmar la sentencia apelada en este aspecto.

3. Con respecto al planteo de inconstitucionalidad del art. 11, inc. 10 de la ley 10, rechazado por la Cámara mas allá de las escasísimas o inexistentes razones suministradas para refutar en dicho tribunal, vale señalar que rige respecto de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la regla según la cual le competen las facultades legislativas propias que le atribuye el art.129 de la C.N., no recortado a este respecto por razones de interés federal. Al igual que cualquier provincia, está impedida de sancionar un código penal (arts. 75, inc. 12, y 126, C.N.), mas no de establecer sanciones retributivas para aquellas conductas que atenten contra bienes cuya tutela le está encomendada y que el Congreso no haya querido o podido tener en mira al dictar el Código Penal incriminándolas, o desincriminándolas por implicancia (conf. mi voto en TSJ *in re* “González, Carlos Alberto y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘González Carlos Alberto y otros s/ley 255’”, expte. n° 2901/04, resolución del 9/9/2004).

4. En cuanto a lo solicitado por el señor fiscal general adjunto en el punto VII de su dictamen, estimo que dicho requerimiento se encuentra formulado para ser resuelto por la instancia de mérito.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Coincido con el juez José O. Casás en cuanto entiende que el recurso de inconstitucionalidad fue correctamente denegado, salvo en lo atinente al agravio referido a la posible violación del principio de congruencia. Efectivamente la defensa logró plantear una cuestión constitucional, a pesar de que por los fundamentos desarrollados por mi colega —a cuyo voto me remito—, el mismo no puede prosperar.

2. Respecto de lo solicitado por le señor fiscal general adjunto en el punto VII de su dictamen adhiero al punto 3 del voto del juez Julio B. J. Maier.

3. Voto en consecuencia por la admisibilidad de la queja en los términos señalados en el punto 1 y por el rechazo del recurso de inconstitucionalidad. En virtud de la decisión adoptada no es necesario pronunciarse sobre el planteo de inconstitucionalidad del depósito.

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

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Declarar formalmente admisible* la queja relacionada al agravio relativo a la violación al principio de congruencia; y rechazar el recurso de inconstitucionalidad a ese respecto.

2°. *Rechazar* la queja con relación a los restantes agravios contenidos en ella.

3°. *Mandar* se registre, se notifique y oportunamente se devuelva el expediente remitido a este Tribunal junto con la presente queja, a la Sala I de la Cámara Contravencional.

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

XLIX

“DÍAZ QUINTANA, RENÉ S/ART. 74, CÓD. CONTRAV.
—APELACIÓN— S/RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO”

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Prescripción de la pena. Contravenciones de tránsito. Sentencia definitiva. Caso constitucional. Principio de legalidad. Interpretación analógica *in malam partem*. Interpretación restrictiva. *In dubio pro reo*

Expte. nº 3883/05 - 8/6/2005

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA

1. La defensa de René Díaz Quintana interpuso (fs. 113/123 vta.) un recurso de inconstitucionalidad contra la decisión de fecha 7/12/2004 (fs. 93/4 vta.), por la que la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas confirmó el rechazo a su planteo de prescripción de la pena (fs. 63/5 vta.).

2. En el recurso de inconstitucionalidad el defensor oficial reseñó los antecedentes de la causa, impugnó detalladamente la resolución mencionada y expuso los agravios constitucionales que fundan su presentación. Por último, mantuvo la cuestión federal que había planteado respecto del caso.

En síntesis, la defensa impugnó la sentencia de Cámara por considerarla violatoria del principio de legalidad. El recurrente criticó la resolución porque en ella se interpreta que el término de prescripción de la pena en contravenciones de tránsito es siempre de 2 años —medie incumplimiento o quebrantamiento de la condena—, lo que a su criterio extendería indebidamente el plazo con el que cuenta el Estado para hacer cumplir la pena impuesta a su asistido, interpretación que además ignoraría el tenor literal del artículo en cuestión.

3. La Cámara entendió (fs. 130/2 vta.) que el recurso de inconstitucionalidad era admisible por las siguientes razones:

- a) fue interpuesto por escrito ante el tribunal superior de la causa dentro del plazo de 10 días contados a partir de la notificación de la resolución impugnada;
- b) fue dirigido contra una resolución equiparable a una sentencia definitiva en tanto no existe otra etapa procesal útil en la que pueda eventualmente repararse el agravio introducido; y
- c) se ha criticado adecuadamente la interpretación de una norma legal vinculándola con una de rango superior, sin discutir cuestiones de hecho y prueba.

4. El señor fiscal general, al contestar la vista, solicitó al tribunal que declarara inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad presentado por considerar que plantea un caso constitucional sólo aparente que trata, en definitiva, de una simple divergencia en la interpretación y aplicación de una norma infraconstitucional (art. 32 del anterior Cód. Contrav.).

FUNDAMENTOS

Las juezas ANA MARÍA CONDE y ALICIA E. C. RUIZ dijeron:

1. El recurso cumple con los requisitos de admisibilidad básicos por que además de haber sido interpuesto por escrito dentro del plazo legal y

ante el tribunal superior de la causa, está dirigido contra una decisión de carácter definitivo, no discute los hechos acreditados en el expediente y plantea un verdadero caso constitucional.

La defensa impugnó la interpretación dada a una norma de derecho común (el art. 32 del anterior Cód. Contrav.), vinculando adecuadamente su crítica a una regla constitucional: el principio de legalidad y sus derivaciones (principio de máxima taxatividad interpretativa y prohibición de analogía en perjuicio del imputado). Por lo tanto, el recurso fue correctamente admitido por la Cámara.

2. El 6/6/2003 se condenó al Sr. Díaz Quintana a la pena —que no fue cumplida— de instrucciones especiales por el término de tres meses, consistente en un curso en la asociación civil VIDA, al considerarlo autor de la contravención prevista en el art. 74 del derogado Cód. Contrav. Dicha sentencia fue notificada personalmente al imputado y su defensor en esa misma fecha, sin que fuera recurrida; en consecuencia, quedó firme el día 17/6/2003. El 27/9/2004 el defensor oficial interpuso un pedido de extinción de la pena por prescripción que fue rechazado. Esta resolución fue apelada pero confirmada por la Cámara Contravencional. Frente a esa última decisión se presentó el recurso de inconstitucionalidad que nos toca resolver en esta instancia.

3. Es conveniente recordar la redacción del art. 32 del derogado Cód. Contrav.: “La pena prescribe transcurrido un año desde que la condena queda firme. En caso de quebrantamiento, al año a contar desde el día en que se dejó de cumplir la pena, excepto cuando se impute la comisión de contravenciones de tránsito, en cuyo caso el plazo es de dos años”.

El defensor oficial sostuvo que el artículo citado trata dos supuestos diferentes:

- a) los casos de incumplimiento de la sanción (primera oración) en los que el plazo de prescripción de la pena es común a todas las contravenciones (un año); y
- b) los casos de quebrantamiento de la pena, en los que tratándose de contravenciones de tránsito (segunda oración, parte final) el plazo de prescripción de la sanción es de dos años a contar desde que ésta se dejó de cumplir.

Los jueces de la Sala II (alegando realizar una interpretación que considera la finalidad de la norma, en armonía con el resto del sistema legal) entendió que “la prescripción de la pena opera al año de su incumplimiento o quebrantamiento para las contravenciones comunes, y a los dos años para las de tránsito”, tal como ahora sí se encuentra regulado en el nuevo Código Contravencional (conf. ley 1472, art. 43).

Fundamentaron esa decisión sosteniendo que las contravenciones de tránsito presentan un régimen especial en materia de prescripción (tanto de la pena como de la acción) que amplía los plazos que tiene el estado para perseguir conductas o hacer cumplir sanciones. Sería —según lo que entendieron los camaristas— arbitrario por irrazonable y además violatorio del principio de igualdad ante la ley tratar de manera distinta las situaciones de incumplimiento y las de quebrantamiento de la sanción, dándole a las primeras un plazo menor para la prescripción de la pena (un año en lugar de dos) con el efecto de poner en peor situación procesal a quien comienza a cumplir la pena y por algún motivo deja de hacerlo, respecto de quien en ningún momento acepta la decisión de un tribunal de justicia y no comienza a cumplir su sanción.

Sobre la base de este argumento, entendieron que la ley también fijó en dos años el plazo de prescripción de la pena para las contravenciones de tránsito en los supuestos de incumplimiento (no sólo para los casos de quebrantamiento), conclusión que la defensa impugnó por considerar que implicaba una interpretación analógica en perjuicio del Sr. Díaz Quintana.

4. El modo en el que la Cámara interpretó el art. 32 del derogado Cód. Contrav. desconoce los principios constitucionales que rigen en materia contravencional.

En términos similares a los sostenidos en “Andretta, Carlos Hugo s/art. 41 —causa 648-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, sentencia del 15/5/2001, se debe recordar que los jueces tienen prohibido realizar una interpretación analógica *in malam partem* de las normas que en materia contravencional regulan la prescripción. La prescripción de la pena debe ser interpretada restrictivamente y sobre la base del principio *in dubio pro reo*, en tanto es una garantía a favor del condenado.

En el mismo sentido en la causa “Falcone, Pedro A. y Casal, Eduardo A. s/infracción al art. 37, Cód. Contrav. s/recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 242/00, sentencia del 27/4/2000 (CyJ, Fallos TSJBA, II-2000, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 81 y ss.) indicamos que el derogado Código Contravencional —en su art. 4 específicamente— era fiel al *principio de legalidad* y, desprendido de él, a la *prohibición de la analogía*. Además, más allá de la discusión académica acerca de la posibilidad o imposibilidad de *prohibir la interpretación extensiva de la ley penal*, afirmamos que éste contenía el principio *in dubio pro reo*, en sentido material, equivalente a la prohibición de interpretar extensivamente las disposiciones del mencionado Código Contravencional (conf. art. 9°, ley 10).

No se trata de que el tribunal se involucre en la simple interpretación de normas infraconstitucionales. Por lo contrario, la tarea en esta instancia es la de verificar (frente al recurso del agraviado) si el fallo recurrido respeta principios constitucionales. Los jueces de la Sala II admiten que la interpretación del art. 32 del anterior Cód. Contrav. puede dar lugar a “confusiones” (en otras palabras, duda). Sin embargo, lo que la Cámara denomina de ese modo no es otra cosa que la existencia inevitable de diferentes maneras de interpretar una norma. En esos casos, los límites a la interpretación en materia contravencional son claros: básicamente, prohibición de la analogía *in malam partem* e *in dubio pro reo*.

5. En realidad, lo que se discute en este proceso es cuál es el alcance que a estas reglas de interpretación —y en definitiva, al sistema de garantías que rige la actuación contravencional del estado— debe darse en la etapa de ejecución de la pena.

No existe elemento alguno en este proceso que permita concluir que los principios que rigen la interpretación de la materia contravencional se agoten o transformen una vez que la pena queda firme. El proceso comenzó con el labrado de un acta contravencional (fs. 2) y terminará el día en que la pena se extinga sea por cumplimiento, prescripción o cualquiera de las causales previstas en el art. 30 de ese Código. En tanto eso no ocurra el proceso está vivo y determinado en la interpretación de sus vicisitudes por las reglas generales, en el caso, la prohibición de interpretación analógica *in malam partem* e *in dubio pro reo* en el sentido señalado anteriormente.

En consecuencia, el modo en que la Cámara resolvió el planteo de prescripción formulado, al desentenderse de la regla constitucional que, frente a dos interpretaciones posibles, la obliga a optar por aquella que más favorezca al condenado, adolece de un efecto insalvable.

La obligación dirigida a los jueces de interpretar de la manera más restrictiva posible (“máxima taxatividad interpretativa”, según la denominación de la que se vale el defensor) —obvia consecuencia del principio de legalidad material— impone descartar cualquier posibilidad de ampliar, por vía de la hermenéutica judicial, el poder punitivo estatal habilitado por las normas emanadas del órgano legislativo. El art. 32 del derogado Cód. Contrav. pudo haber querido fijar en dos años el plazo de prescripción de la pena por contravenciones de tránsito. Sin embargo, no lo hizo; la lectura del artículo permite concluir que sólo lo dispuso en casos de quebrantamiento de la sanción. Las razones por las que el producto le-

gislativo final quedó redactado de la manera en que efectivamente quedó exceden el orden de valoraciones que puede legítimamente realizarse en esta instancia en la que sólo cabe atenerse a una interpretación, vale reiterarlo, compatible con los principios generales que rigen en materia contravencional.

Cuando —como en el caso en análisis— se incumple una pena, no es relevante conocer si fue impuesta por una contravención de tránsito o por cualquier otra clase de contravención, en razón de que la norma aplicable fijó un único plazo de prescripción de la sanción (un año). El principio de legalidad impide acudir a interpretaciones que extiendan ese plazo cualquiera sea el fundamento que se pretenda utilizar (en el caso, en palabras de los jueces de la Cámara Contravencional, una “interpretación teleológica, en armonía con el resto del ordenamiento legal”).

Al momento de sancionar el Código Contravencional —o mejor cuando se reformó su art. 32 a través de la ley 42— podía haber existido —o no— la voluntad legislativa de prolongar los plazos de prescripción de la pena en las contravenciones de tránsito, cuando aquellas fueran incumplidas; si se pretendía fijar ese criterio o no es un dato irrelevante para resolver el caso porque no corresponde al Poder Judicial corregir, *en perjuicio del recurrente*, los defectos de redacción de las leyes (de hecho, la Legislatura local entendió que debía modificar este artículo al sancionar el nuevo Código Contravencional a través de la ley 1472, vigente a partir del 23/1/2005).

En definitiva, sólo una interpretación literal del art. 32 Cód. Contrav. resiste un test constitucional; la intentada por los jueces de la Sala II de la Cámara Constitucional, por los argumentos expuestos, no lo logra.

6. Por último, es del caso mencionar que la Sala II invocó el principio de igualdad ante la ley para ampliar el plazo de prescripción de la pena en casos de incumplimiento asimilándolos a los de quebrantamiento (en los que se cuentan dos años desde que se deja de cumplir la sanción). El razonamiento desvirtúa los principios constitucionales vigentes porque utiliza en perjuicio del Sr. Díaz Quintana un derecho consagrado en su favor (el de igualdad ante la ley). Del mismo modo, tampoco es correcto indicar que la interpretación de la Cámara tome en cuenta todo el ordenamiento jurídico aplicable ya que justamente deja de lado las reglas de jerarquía constitucional por las que la solución que debió adoptarse era declarar la prescripción de la pena en favor del Sr. Díaz Quintana.

7. En conclusión, la interpretación efectuada por los jueces de la Sala II de la Cámara de Apelaciones no respeta las reglas de interpretación de

la materia contravencional vigentes (esto es, la prohibición de analogía *in malam partem* derivada del principio de legalidad material), por lo que corresponde hacer lugar al recurso presentado, anular el pronunciamiento impugnado por haber aplicado erróneamente el derecho sustantivo y, en ejercicio de la competencia positiva del tribunal, declarar extinguida por prescripción (conf. art. 30, inc. 2º y 32, Cód. Contrav. aprobado por ley 10) la pena impuesta al Sr. René Díaz Quintana en la sentencia del 6/6/2003 (fs. 40/1).

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Parece comprensible la afirmación de que el TSJ, como lo he expresado en numerosas sentencias (conf., entre otros, punto 2 de mi voto en “Pattarone, César Marcelo José s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en ‘Pattarone, César Marcelo José y Zava, Cristian s/art. 72, Cód. Contrav. —apelación’”, expte n° 2809/04, sentencia del 24/5/2004) no es un tribunal de mérito, pues le son ajenas tanto las cuestiones de hecho, como la interpretación de la ley común. De otro modo, se trataría de una nueva instancia de mérito y todos los procesos deberían concluir en él como última instancia. Pues a ello conduce la errónea afirmación de que todo problema de interpretación de la ley penal —en este caso, contravencional— constituye un problema relativo al *principio de legalidad*.

Leído atentamente el recurso, y por fuera de afirmaciones y giros semánticos, él plantea sólo su discrepancia con la interpretación que ha merecido el art. 32, del entonces vigente Cód. Contrav., por parte del tribunal de mérito (Juzgado y Cámara). El mismo recurso admite, en cierta manera, que existen dos interpretaciones posibles y elige, conforme a su misión, la que más conviene a su representado. En este sentido, es claro que los jueces de mérito no han creído, por referencia a una regla más justa o más conveniente políticamente, que la prescripción de la pena, en el caso, deba cumplirse al año, sino que han fundado la interpretación de que el art. 32 del hoy derogado Cód. Contrav., aplicable al caso, fija para las contravenciones de tránsito el plazo de dos años tanto para el cumplimiento de la pena como para el quebrantamiento del cumplimiento de esa pena. Eso, en principio, es lo único que exige la C.N., 18, esto es, que los jueces funden la pena en la ley y no en argumentaciones extrañas a ella. Por lo demás, no es unánime la doctrina que aplica el *in dubio pro reo* a la interpretación de la ley como expresión de un mandato constitucional, ni aquella que introduce en el principio de legalidad la necesidad de la *interpretación restrictiva*. Sin embargo, los jueces de mérito no han estimado interpretar

extensivamente la ley, sino, tan sólo, han elegido una interpretación plausible y razonable. Precisamente, los autores que no han referido la necesidad de la interpretación restrictiva como corolario del principio de legalidad (NÚÑEZ, Ricardo: *Derecho penal argentino, Parte General*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1964, pp. 200 y ss.), han fundado su opinión en el riesgo de que se entienda que sólo se pueda optar por la más favorable al imputado. Ello conduciría al ridículo —a la carencia de interpretación posible—, pues, por poseer las palabras de la ley una extensión siempre cuestionable, nada sería punible según ella en extremo. Valga como ejemplo, para el imputado varón, sostener que no ha matado a “otro”, sino a “otra” (víctima femenina), interpretación seguramente más favorable a él y fundada en las palabras de la misma ley (conf. art. 79, C.P.).

Para que triunfe la invocación del principio de legalidad, la interpretación debe ser, claramente, *contra legem*, e invocada de esa manera por el recurrente. Éste no es el caso y en ello él se diferencia del traído a colación por el recurrente: nótese que allí se parte, según el recurso interpuesto, de una “creación pretoriana” de una regla de derecho —la interrupción de la prescripción de la acción por el llamado a la audiencia del juicio, en lugar de la celebración de esa audiencia, tal como lo regula claramente el art. 31 del Cód. Contrav. entonces vigente—, que la sentencia de este Tribunal consideró contraria *ostensiblemente* al texto de la ley (véase mi voto en “Andretta, Carlos Hugo s/art. 41 —causa 648-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte n° 811/01, sentencia del 15/5/2001, en *CyJ, Fallos TSJBA*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. III, pp. 230 y ss.). A mi juicio, se trata aquí de un exceso verbal el denominar la interpretación de los jueces de mérito como *aplicación analógica* del Derecho. En purismo, la falta de cumplimiento de la pena es tan sólo un caso de quebrantamiento de ella (C.P., 66; conf., también, Proyecto de Código Penal 1960, art. 330 —*quebrantamiento de inhabilitación*—, hoy legislación positiva a través del C.P., 281 *bis*: quebrantamiento = falta de cumplimiento total o parcial); no es comprensible de qué manera el quebrantamiento, interpretado como falta de cumplimiento sólo parcial, puede conducir a un plazo de prescripción más largo que el común. Si se lo mira atentamente, el llamado *quebrantamiento* no es otra cosa que un motivo de interrupción de la prescripción de la pena (art. 66, C.P., aplicable conf. al art. 10, Cód. Contrav., texto original).

En consecuencia, y de conformidad con lo dictaminado por el fiscal general, el recurso ha sido mal concedido y voto para que así se declare.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Por los fundamentos expuestos por el señor fiscal general en su dictamen de fs. 137/140, considero que el recurso de inconstitucionalidad fue incorrectamente concedido, y debe ser declarado inadmisibile.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Tal como lo señala el señor fiscal general en su dictamen obrante a fs. 137/140 —a cuyos términos me remito en homenaje a la brevedad—, el recurso de inconstitucionalidad ha sido mal concedido y, en consecuencia, debe ser declarado inadmisibile.

La interpretación que debe darse al art. 32 del anterior Cód. Contrav. remite a la consideración de aspectos que, por regla, resultan propios de los jueces de la causa. En el caso, por lo demás, de la lectura de la sentencia objetada se desprende que dicha hermenéutica, más allá de su acierto o desacierto, se exhibe como una derivación razonada del derecho vigente que se encuentra debidamente fundada.

En síntesis, considero que la recurrente ha construido sus agravios a partir de una discrepancia sobre la interpretación de una norma infraconstitucional y no ha logrado demostrar que exista relación directa entre la garantía constitucional que se dice violentada y el contenido concreto del pronunciamiento atacado. Además, a mi juicio, no se han rebatido de manera suficiente todos los desarrollos que los jueces de la causa brindaron para desestimar por irrazonable esa *otra* interpretación del anterior art. 32, Cód. Contrav. que se pretende. Si bien es cierto que la defensa invoca el principio constitucional de legalidad, en el recurso no se ha logrado explicar de manera plausible la razón que permita comprender por qué a una persona que *incumplió totalmente* una pena se le debe aplicar un plazo de prescripción *menor* que el previsto para un sujeto que incurrió en un *quebrantamiento* de la misma.

Por las consideraciones expuestas, corresponde declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto.

Así lo voto.

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

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Declarar* mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto a fs. 113/123 vta.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva el expediente a la Sala II de la Cámara Contravencional.

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

L

“ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL. INADMISIBILIDAD:

Admisibilidad. Acción declarativa de inconstitucionalidad.

Control de constitucionalidad abstracto. Conflicto internormativo.

Sentencia definitiva. Cuestión local. Jurisdicción federal. Control de constitucionalidad difuso. Acción meramente declarativa (art. 322, CPCCN)

Expte. nº 3103/04 - 8/6/2005

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe

RESULTA:

1. La Asociación por los Derechos Civiles (en adelante ADC) interpone recurso extraordinario federal (fs.144/172) contra la sentencia de fs. 86/140, que rechazó la acción de inconstitucionalidad promovida con el fin de obtener la declaración de inconstitucionalidad y la pérdida de vigencia del art. 1º inc. a) de la ley 668, modificatorio del art. 14, inc. a) de la ordenanza 40.953.

2. Del recurso se dio traslado a la Procuración General de la Ciudad, que en su contestación se opuso a la admisibilidad y procedencia del remedio federal (fs. 175/182)

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La Asociación por los Derechos Civiles (ADC) interpuso recurso extraordinario federal contra la sentencia del tribunal que, por mayoría, rechazó la demanda de inconstitucionalidad que planteó a fs. 19/34 res-

pecto del art. 1º inc. a) de la ley 668, modificatorio del art. 14, inc. a) de la ordenanza 40.953.

2. Desde la instalación del tribunal he propiciado la inadmisibilidad del recurso extraordinario en acciones declarativas de inconstitucionalidad (conf. expte. n° 480/00 ‘Liga de amas de casas, usuarios y consumidores de la República Argentina c/GCBA s/acción declarativa’, resol. del 13/12/2000; entre otros). Así en la causa “YPF S.A. c/GCBA s/acción declarativa”, expte. n° 596/00 (resol. del 27/2/2002), al integrar el voto de mayoría, por mis fundamentos, señalé que: “Los demandantes optaron por ejercer la acción declarativa de inconstitucionalidad prevista en el art. 113, inc. 2º de la CCBA y reglamentada en la ley 402. La elección de esa vía les impone atenerse a todas las consecuencias derivadas de la preferencia por el tipo de proceso escogido. Entre esas consecuencias, se encuentra la improponibilidad del recurso extraordinario federal contra la sentencia desestimatoria recaída en este proceso”.

Los acertados argumentos expuestos por el juez Casás (véase su voto en “Alegre Pavimentos SACICAFI c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 366/00, resolución del 15/5/2001) coinciden con la posición que sostengo. Dijo mi colega, “el mantenimiento del carácter abstracto de la acción declarativa de inconstitucionalidad exige que los planteos de carácter particular se efectúen por otras vías que, con tal fin, son previstas por el orden jurídico-procesal de la Ciudad. Lejos de haber una incompatibilidad, se verifica la coexistencia de diferentes vías procesales que, interpretadas de manera sistemática, impiden su confusión”

3. La acción instaurada no propuso la resolución de un conflicto intersubjetivo jurídicamente relevante, sino un puro conflicto internormativo. La actora solicitó el control de constitucionalidad objetivo previsto en el art. 113, inc. 2º de la CCBA. Por lo tanto, y en atención a lo prescripto por el art. 2º de la ley federal 27, no hay causa o caso.

Es menester recordar que en la jurisdicción federal no se admiten pronunciamientos abstractos acerca de la interpretación o de la validez de las leyes o actos de los otros poderes (*Fallos*, 12:373; 156:318; 256:386), y por ello es aplicable, en este proceso, lo dispuesto por la CSJN *in re* “Droguería Aries S.A. c/Provincia de Santa Fe y otros” (20/4/1999, *Fallos*, 322-1:678). También la doctrina coincide en que “[l]a justicia nacional sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos; y no puede resolver cuestiones en abstracto, ni hacer declaraciones de esta naturaleza; ni decidir sobre la inconstitucionalidad de una ley sino cuando se trata de su aplicación a casos contenciosos que ocurren” (GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan

A.: *Derecho constitucional argentino*, t. III, 3ª ed., Buenos Aires, Lajouane, 1931, p. 454).

El tribunal ha reiterado desde su creación que la acción declarativa de inconstitucionalidad establecida en el art. 113, inc. 2º de la CCBA es un instituto de carácter novedoso que la hace imposible de asimilar a otros institutos establecidos en el ámbito nacional (“Farkas, Roberto y otro c/GCBA s/acción declarativa”, expte. n° 7/99, resolución del 18/2/1999, *CyJ, Fallos TSJBA*, I-1999, p. 5); que no comprende situaciones jurídicas individualizadas, que tiene carácter abstracto, que no se asimila al instituto previsto en el art. 322 del CPCCN, pues este sí abarca situaciones jurídicas individualizadas (“Massalin Particulares S.A. c/GCBA”, expte. n° 31/99, resolución del 5/5/99, *CyJ, Fallos TSJBA*, I-1999, p. 58), y que es una acción popular (conforme el voto del juez Muñoz que integrara la mayoría, en “Argüello, Jorge Martín Arturo c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 690/00, resolución del 21/11/2001).

Entonces mientras que en la justicia federal no son admisibles pronunciamientos abstractos acerca de la interpretación o de la validez de las leyes o actos de los otros poderes (*Fallos*, 12:373; 156:318; 256:386; entre otros; véase PALACIO: *Tratado*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, p. 466), lo que caracteriza a la acción del art. 113, inc. 2º de la CCBA es, precisamente, que con ella sólo se persigue una declaración abstracta acerca de la constitucionalidad de ciertas normas.

4. La acción declarativa de inconstitucionalidad del art. 113, inc. 2º de la CCBA no es, en sentido estricto, una vía jurisdiccional contenciosa, sino un mecanismo para la formación y el control del derecho local alternativo al control difuso de constitucionalidad, disponible para el recurrente a través de las vías procesales adecuadas.

No es posible pues recurrir, en los supuestos del art. 113, inc. 2º de la CCBA, al recurso extraordinario federal que sólo puede activarse cuando existen partes adversas y se persigue en concreto la determinación de sus derechos. La actora, por otro lado, no da razón alguna para justificar que, sin menoscabo de la autonomía que la Constitución Nacional garantiza en el art. 129, un órgano federal intervenga en un mecanismo participativo puramente local, como lo es la acción declarativa (art. 113, inc. 2º, CCBA).

Coincido en este punto con lo expresado por el juez Lozano en los párrs. 1º, 2º, 3º y 5º del punto 6 de su voto en la causa “Asociación por los Derechos Civiles c/GCBA s/Acción Declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 2490/03, donde dijo: “La Constitución Nacional libra a cada

gobierno local la decisión acerca de cómo organizar su administración de justicia. Como principio, estas administraciones de justicia deben dar cabida a todo aquello que reúna las características de una causa de las contempladas en el art. 116; pero, nada empece, también como principio, a que el espectro de asuntos atendidos por los órganos que la compongan comprenda algunos que no sean apropiados para su consideración por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Más aún, se ha admitido que ello ocurra en jurisdicción federal, en tanto el legislador puede atribuir a los jueces inferiores competencia para atender cuestiones, las voluntarias, por ejemplo, que como principio no podrían ser llevadas al máximo Tribunal”.

“Las ampliaciones que cada jurisdicción local estime oportuno disponer quedan fuera del control de la Corte Suprema de Justicia, sin perjuicio, desde luego, de que la cuestión que constituya el *leit-motiv* del caso no comprendido dentro del ámbito de causas susceptibles de resolución judicial federal a que me refiero pueda ser ulteriormente materia de una causa de las que puede efectivamente tratar ese tribunal cimero. Si, en cambio, el recurso extraordinario federal procediese en supuestos distintos de las causas definidas en la Constitución Nacional, la extensión de la jurisdicción federal quedaría a merced de las provincias que podrían llevarla a extremos que conducirían a la Corte Suprema a invadir la esfera de otros Poderes federales o de Poderes locales”.

“Muchas jurisdicciones han dotado a sus máximos tribunales de competencias de esta especie. Así, la Constitución de la Provincia de Chaco dota al Tribunal Superior de competencia para resolver una acción de inconstitucionalidad (art. 163, inc. 1-a), la provincia de Buenos Aires atribuye a su Suprema Corte la resolución, en forma ‘...originaria y exclusiva(mente) en las causas de competencia entre los poderes públicos de la Provincia...’ (art. 161, inc. 2º), o más específicamente “art. 187. Los conflictos internos de las municipalidades, sea que se produzcan entre los departamentos ejecutivo y deliberativo, sea que ocurran en el seno de este último, los de las distintas municipalidades entre sí o con otras autoridades de la Provincia...”.

“La Ciudad Autónoma de Buenos Aires está sujeta a estas reglas. Observándolas, la CCBA ha organizado su Tribunal Superior de Justicia confiriéndole facultades de resolver asuntos que constituyen causas en el sentido del art. 116 de la C.N. y otros que no lo son desde el ángulo federal, aunque el constituyente ha querido amoldar su tratamiento a cánones propios de un proceso judicial, y encomendar su solución a su máximo tribunal. Es este el caso de la acción declarativa de inconstitucionalidad contemplada en el inc. 2º del art. 113 de la CCBA”.

5. Por otra parte en el proceso previsto en el art. 113, inc. 2º de la CCBA no existe irreparabilidad, ni sentencia definitiva, ni obstáculos para que las mismas cuestiones sean articuladas en juicios de otra naturaleza, así lo voté por ejemplo en el expte. 1268/01 “Unión Transitoria de Agentes S.A., c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad” (resolución del 27/11/2002), junto con mis colegas Conde y Maier.

El control de constitucionalidad allí previsto, permite que cualquier persona plantee la invalidez de una norma general local por entenderla contraria a la CCBA o a la C.N. De ese modo quien demanda instala un conflicto de estricta índole normativa; ejerce un derecho reconocido por el orden jurídico local que tiende a hacer efectivo el modelo de democracia participativa consagrado en la CCBA, y pone en marcha un proceso peculiar —uno de cuyos requisitos es que no exista un caso o causa en el sentido de que quien acciona no deduce una pretensión limitada a una situación concreta.

La noción de causa o caso a la que hago referencia remite al requisito exigido para que la justicia federal pueda intervenir, es decir, que exista un interés jurídicamente reconocido para accionar (*Fallos*, 156:318; 242:353; 243:176; 245:553; 256:104 y 110; 303:393; 304:1088; 306:1125; 307:2384; 308:1489; 310:2342; 311:2589; entre otros), requisito que no es necesario para legitimar a quien inicia un proceso como el de autos. La ADC no ha traído ante el tribunal “su asunto”, sólo trajo un conflicto normativo que podría haber sido propuesto por cualquier otra persona. La fungibilidad, del demandante es, entre otras, una pauta de la falta de caso o asunto.

Dado que son dos los controles de constitucionalidad en el ámbito local, la actora debería agotar, las vías ordinarias y extraordinarias locales para ventilar la cuestión que califica como ‘federal’ (conf. *Fallos*, 308:490; 310:324). Esto no sucede en la presente acción pues cualquier juez local ordinario podría apartarse de lo aquí decidido y considerar invalidas las normas que los actores cuestionaron, y sólo en este supuesto, quedaría habilitado el recurso extraordinario. Así lo señaló el tribunal hace tiempo (conf. los votos de los jueces Muñoz, Conde y de la suscripta, en “Arbitra S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 386/00, resolución del 21/6/2001).

En síntesis, no hay sentencia definitiva porque, el tema no fue materia de un proceso adversarial, en un caso concreto. Y por lo señalado más arriba, tampoco el tribunal es el “superior tribunal de la causa”, toda vez que no hay causa.

6. La incomprensión del recurrente acerca de la naturaleza de la acción planteada se evidencia cuando intenta ahora, al interponer el recurso

federal, fundar su legitimación en el art. 43, segunda parte, de la C.N. y simultáneamente, en los arts. 113, inc. 2º de la CCBA y pertinentes de la ley 402.

Parece no advertir que en el primer supuesto, la norma invocada regula un proceso urgente adversarial, sencillo y expedito; mientras que en el segundo refiere a un tipo de proceso constitucional complejo, con amplitud de plazos. La determinación de quiénes están legitimados según el art. 43 de la C.N. y las previsiones que en esta materia contienen el art. 113, inc 2º de la CCBA y concordantes de la ley 402, no son asimilables —como lo pretende el recurrente— por cuanto se trata de acciones bien diferenciadas, cuyos objetos y efectos son distintos.

La confusión de la recurrente reaparece cuando cita en apoyo de su posición, la doctrina del la Corte Suprema que asimila el amparo a la acción declarativa.

Es conocido que la Corte Suprema ha asimilado la acción meramente declarativa con el amparo para formular un planteo de inconstitucionalidad (véase entre otros *Fallos*, 142:310), pero también es obvio que el máximo tribunal compara el amparo con la acción del art. 322 del CPCCN (en el derecho procesal local, la acción del art. 277 del CCaYT). Esa equivalencia no es trasladable a la acción declarativa de inconstitucionalidad del art. 113, inc. 2º de la CCBA, más allá de la similitud de los nombres.

La acción declarativa del art. 322 del CPCCN o su par local prevista en el art. 277 del CCaYT, exigen que quien la deduce pretenda hacer cesar un estado de incertidumbre acerca de una relación jurídica. En el sistema regulado por el art. 113, inc. 2º de la CCBA, no hay estado de incertidumbre, sino la certeza de que las normas que se impugnan son inconstitucionales. Por fin, en tanto la acción meramente declarativa (art. 322, CPCCN, y art. 277 CCaYT) y el amparo son procesos urgentes, la acción declarativa de inconstitucionalidad (art 113, inc. 2º de la CCBA) no comparte ese carácter.

En la línea de las confusiones queda incluida la cita del caso *Di Mascio* (*Fallos*, 311:2478). Lo que allí se ventiló fue el alcance de la voz ‘superior tribunal de la causa’, en el sentido de requisito común de admisibilidad para el recurso extraordinario federal; lo que presupone tal como ya lo señalé, un asunto, causa o controversia y no un proceso abstracto.

Las demás citas de la doctrina fijada por la Corte Suprema de Justicia, tampoco son pertinentes respecto de la admisibilidad del recurso en este expediente. Se trata siempre de casos contenciosos, en su mayoría, ajenos al tipo de proceso y de debate propios de la acción declarativa de inconstitucionalidad. En particular, las referencias a las sentencias dictadas en las causas “Campbell, María Enriqueta Vda. de Tufiño y otro c/Poder

Ejecutivo nacional y otro” (resolución del 14/9/2004, *LL*, 17/9/2004) y “Peso, Agustín Carlos c/Banco Central de la República Argentina s/amparo” (*Fallos*, 307:2061), involucran decisiones donde la CSJN, si bien declaró inoficioso expedirse por ausencia de objeto actual, revocó de todas formas las sentencias en tanto su subsistencia podía “causar un gravamen irreparable a los recurrentes” por la manera en que había quedado limitada la relación procesal, situación que no torna equiparable ni a las acciones en las que se produjeron esas decisiones ni a las propias decisiones de la Corte, con las que importa la acción prevista en el art. 113, inc. 2º, CCBA, en las que nunca puede ventilarse la afectación concreta de derechos subjetivos. En otras palabras, que la CSJN en determinados casos “contenciosos” haya considerado pertinente decidir —sin hacer mérito de los fundamentos expuestos por las partes— aun cuando la cuestión se hubiera tornado “abstracta”, no asimila a las acciones declarativas de inconstitucionalidad previstas por la constitución local al ámbito de cuestiones de las que puede conocer la CSJN.

6. Tampoco agrega nada la cita descontextualizada de la jurisprudencia sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el “Caso del Tribunal Constitucional (‘Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano vs. Perú’)”, sentencia del 31/1/2001 (Corte IDH —http://www.corteidh.or.cr/seriec/Seriec_71_esp.doc), que se corresponde con la tramitación que hizo la Legislatura peruana de un juicio político contra miembros de tribunal Constitucional del mencionado país latinoamericano y, en el que, además, ni siquiera estuvo en juego la garantía contenida en el art. 8.2.h a la que alude aquí la recurrente.

7. Voto entonces por el rechazo del recurso extraordinario federal.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El recurso extraordinario federal deducido a fs. 144/172 cumple con los requisitos extrínsecos, de tiempo y forma exigidos ritualmente.

2. Sin embargo, corresponde declarar inadmisibile el recurso incoado toda vez que el mismo no ha sido interpuesto contra una *sentencia definitiva* (recaudo exigido por el art. 14 de la ley 48).

En efecto, es aplicable al caso de autos el criterio sustentado por el suscripto en la causa “Macbar S.R.L. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 2577/03, resolución de fecha 16/12/2004. En aquella oportunidad sostuve que el planteo recursivo no se dirigía contra una sentencia definitiva, de acuerdo con lo establecido por la Corte federal, pues la sentencia objetada no privó a la interesada de otros medios legales para reclamar la tutela de los derechos invocados.

En el caso concreto, corrobora lo expuesto el desarrollo del consid. 8º de mi propio voto en la resolución que ahora se recurre, dado que allí expresé especialmente que “en definitiva, la cuestión podrá ser debatible en el plano del control difuso de constitucionalidad y ante un *caso concreto* (conf. doctrina de la causa “Calvo y Pesini”), pero no mediante un escrutinio ejercitado en abstracto que conduciría a la pérdida de vigencia de la norma con efectos *erga omnes*. Es que no se advierte la irrazonabilidad de las disposiciones atacadas en abstracto, a la luz de los objetivos específicos que se contemplan en el conjunto de disposiciones que disciplinan la prestación del servicio estatal de educación pública. Además, como es sabido, la declaración de inconstitucionalidad de una ley es un acto de suma gravedad institucional y debe ser considerada como *ultima ratio* del orden jurídico.//Y preservó la posibilidad de impugnación por vía del control difuso de inconstitucionalidad, para aquellos casos en los cuales pueda invocarse y acreditarse que la *idoneidad* del postulante en virtud de su compromiso con los valores nacionales es equivalente o igual a la que pueda ostentar, en términos de estándar medio, un docente argentino”.

3. A mayor abundamiento, cabe agregar que la propia CCBA, aún en la hipótesis extrema de que se declare la inconstitucionalidad *erga omnes* de una ley por el tribunal (art. 113, inc. 2º) y la Legislatura ratifique posteriormente esa ley, deja subsistente “el posterior control difuso de constitucionalidad ejercido por todos los jueces...” (art. 113, inc. 2º, CCBA) (conf. *TSJ in re* “Cavallari, María Georgina c/GCBA s/acción declarativa y de inconstitucionalidad”, expte. nº 60/99, resolución del 27/9/1999, en *CyJ, Fallos TSJBA*, I-1999, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 459 y ss.).

Las consideraciones precedentes resultan, a mi juicio, suficientes para declarar inadmisibile el recurso extraordinario federal incoado.

Así lo voto.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

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

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso interpuesto cumple con los requisitos extrínsecos, de tiempo y forma exigidos ritualmente.

2. Obsta a la concesión del recurso el carácter no federal de la cuestión debatida, a saber, si el art. 1º de la ley 668 (modificatoria de la ordenanza 40.593) es constitucional, o no lo es, por exigir la nacionalidad argentina para el ingreso a la docencia pública en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires.

El asunto se enmarca en la jurisprudencia constante de la Corte Nacional que excluye la existencia de cuestión federal cuando se trata de interpretar normas y actos locales (*Fallos*, 104:429; 114:42; 124:214; 150:263; 153:21; 273:347; 288:201; 303:769; 308:1577, entre muchos otros).

El tema debatido trató sobre la política de la Ciudad de Buenos Aires en materia de educación pública y la decisión legislativa de requerir la nacionalidad argentina para el desempeño de funciones docentes en el ámbito local. Es claro que la cuestión remite al examen de reglas de derecho publico local vinculadas con la organización y funcionamiento de los poderes públicos locales, aspectos que resultan ajenos a la instancia extraordinaria federal, en virtud del respeto debido a las atribuciones de las jurisdicciones locales de darse sus propias instituciones y regirse por ellas (*Fallos*, 275:133; 305:112; 317:444, entre otros).

La cuestión decidida, inherente a las facultades de la Legislatura para determinar las características que ha de tener la educación pública en la Ciudad de Buenos Aires, comprende aspectos de naturaleza estrictamente local y por ello el remedio federal intentado no puede prosperar.

3. Tampoco pueden los actores, por la naturaleza misma de la acción, invocar agravio irreparable alguno derivado de la decisión, lo que también torna *inadmisibile* su planteo. Los argumentos rechazados en este proceso bien pueden ser replanteados por los interesados en los casos concretos, por vía del sistema de control difuso también vigente en el ámbito de la Ciudad, tal como expresamente lo señalé al emitir mi voto en la sentencia del 31/3/2005.

Este tribunal ya ha dicho, con relación al recurso extraordinario federal interpuesto en las acciones declarativas de inconstitucionalidad, que “obsta, sin embargo, a la concesión del recurso, que el remedio extraordinario federal no se ha planteado contra una sentencia definitiva, entendiéndose por tal la que priva definitivamente al interesado de medios legales para reclamar la tutela de sus derechos” (véase voto de mayoría, jueces Muñoz, Conde y Ruiz, en “YPF S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 596/00, resolución del 27/2/2002 y en “Unión Transitorio de Agentes S.A. c/Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte n° 1268/01, resolución del 27/11/2002).

También el Tribunal ha sostenido que “(el) rechazo de la acción declarativa de inconstitucionalidad no impide que la empresa recurrente en este proceso, al serle aplicada la disposición legal por la autoridad administrativa, cuestione la constitucionalidad de la norma en que se funda el

acto de aplicación por la vía procesal que corresponda ante los tribunales de las instancias ordinarias, quienes en ejercicio del control difuso de constitucionalidad podrán examinar la cuestión” (véase voto de mayoría, jueces Muñoz, Conde y Ruiz, en “YPF S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 596/00, resolución del 27/2/2002 y voto de mayoría, jueces Ruiz, Conde, Muñoz y Maier, en “Arbitra S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 386/00, resolución del 21/6/2001).

Por las razones expuestas, no existen en este proceso de control abstracto de constitucionalidad ni irreparabilidad, ni sentencia definitiva, ni obstáculos para la articulación de las mismas cuestiones en juicios de otra naturaleza.

Las consideraciones expuestas en los puntos precedentes resultan suficientes para determinar el rechazo del recurso y tornan innecesario analizar la existencia de “caso” o “causa” judicial para resolver la pretensión articulada, que debe declararse inadmisibile.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Adhiero a la solución propuesta por la señora jueza de trámite, la Dra. Ruiz. En la causa “Asociación por los Derechos Civiles c/GCBA” s/acción declarativa de inconstitucionalidad” (expte. 2490/03, resolución del 16/9/2004) expresé las razones por las que considero *inadmisibile* la interposición de un recurso extraordinario federal contra una sentencia que rechace una demanda interpuesta en los términos del art. 113, CCBA. A continuación, reproduzco dichas consideraciones en lo pertinente.

2. El recurso extraordinario federal interpuesto por la parte actora contra la sentencia de fecha 31/3/2005 se agravia de la contradicción entre el precepto impugnado y cláusulas constitucionales federales, resuelta por la sentencia a favor de la validez de la norma local cuestionada (fs 144/172 vta.).

3. Comparto la opinión de los jueces Ruiz y Maier en cuanto a que: “El carácter concentrado y abstracto del control de constitucionalidad ejercido por este Tribunal en materia de acción declarativa de inconstitucionalidad, con exclusiva incidencia en asuntos locales, resta toda posibilidad, de que una sentencia del tribunal Superior pronunciada en el ámbito de dicho proceso, sea susceptible de recurso extraordinario de federal. El carácter abstracto de la acción en el presente proceso, desprendida de toda consideración sobre cualquier situación jurídicamente individualizada, inhibe el progreso del remedio federal por tener éste, como presupuesto

esencial, la existencia de causa o caso de carácter contencioso (conf. ley 27). Así, la naturaleza de un conflicto puramente internormativo local, y a su vez, la ausencia de un conflicto intersubjetivo, se erigen como valla infranqueable para compatibilizar, en este caso, el recurso federal con el sistema local de control de constitucionalidad desarrollado por la vía del art. 113, inc. 2º de la CCBA” (TSJ, *in re* “Ministerio Público [Defensoría General y Asesoría General de Menores e Incapaces] c/Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/Acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 70/99, resolución del 27/12/1999, *CyJ, Fallos TSJBA*, I-1999, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 713 ss.; “Liga de Amas de Casa, Usuarios y Consumidores de la República Argentina y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 480/00, resolución del 13/12/2000 y “Arbitra S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 386/00, resolución del 21/6/2001). También tomo como propios los argumentos complementarios de la Dra. Ruiz desarrollados en la causa “YPF S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad” (expte. n° 596/00, resolución del 27/2/2002), donde dijo: “La acción instaurada no propuso la resolución de un conflicto intersubjetivo jurídicamente relevante, sino un puro problema internormativo. Se solicitó el control de constitucionalidad objetivo previsto en el art. 113, inc. 2º de la CCBA y, por lo tanto, la falta de causa o caso que ello importa determina, en atención a lo normado en el art. 2º de la ley federal 27, que el recurso federal interpuesto resulta inadmisibile. Debe recordarse que en la jurisdicción federal no se admiten pronunciamientos abstractos acerca de la interpretación o de la validez de las leyes o actos de los otros poderes (*Fallos*, 12:373; 156:318; 256:386) y que al planteo efectuado en este proceso le resulta aplicable lo dispuesto por la CSJN *in re* ‘Droguería Aries S.A. c/provincia de Santa Fe y otros’ (20/4/1999). La doctrina, también, ya ha señalado que ‘La justicia nacional sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos; y no puede resolver cuestiones en abstracto, ni hacer declaraciones de esta naturaleza; ni decidir sobre la inconstitucionalidad de una ley sino cuando se trata de su aplicación a casos contenciosos que ocurren’ (GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A.: *Derecho constitucional argentino*, t. III, 3ª ed., Buenos Aires, 1931, p. 454). 2) La acción declarativa de inconstitucionalidad del art. 113, inc. 2º de la CCBA no es, en sentido estricto una vía jurisdiccional contenciosa sino un mecanismo participativo para la formación y control del derecho local, interactúa con el control difuso de constitucionalidad que estuvo, está y estará expedito para el recurrente a través de las vías procesales correspondientes (v. gr.: demanda, amparo, acción declarativa del art. 277

del CCAyT, etc.) en la medida que el planteo se adecue y satisfaga las normas procedimentales correspondientes. Entonces, no es posible recurrir a un sistema de control construido a partir de la hegemonía del derecho federal sobre el derecho local, en los supuestos del art. 113, inc. 2º de la CCBA, dado que aquel sistema es admisible sólo cuando existen partes adversas y se persigue en concreto la determinación de los derechos de éstas, situación que no se presenta en esta causa”.

4. La acción declarativa de inconstitucionalidad del art. 113, inc. 2º de la CCBA no tiene por objeto un supuesto de la naturaleza de los contemplados en el art. 2º de la ley 27, precepto en el que la CSJN 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, pues justamente, el cauce procesal elegido por la recurrente para ventilar su pedido instrumenta un control de constitucionalidad de carácter abstracto, desvinculado de pretensiones jurídicas particulares (por ejemplo de condena o determinativas de derechos). En el precedente “Massalin” este Tribunal sostuvo que la acción directa de inconstitucionalidad, tal como lo dispone el art. 113 inc. 2º de la CCBA, 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 admitir 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 halla, entonces, exclusivamente orientado a objetar normas de carácter general que sean consideradas contrarias a principios y preceptos establecidos en la CCBA y en la C.N. y, por el contrario, no está encaminado a obtener un pronunciamiento judicial respecto de la idoneidad jurídica de los actos por los que aquéllas fueron directamente aplicadas al accionante. Por ello, “no puede confundirse el control concentrado y en abstracto de constitucionalidad, a cargo de este Tribunal, con el control difuso que, reconocido a todos los jueces, se orienta al dictado de sentencias en las que se valoran situaciones jurídicas individualizadas” (*CyJ, Fallos TSJBA*, I-1999, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 56 y ss., *in re* “Massalin Particulares S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 31/99, resolución del 5/5/1999, entre otros).

5. Este tipo de control constitucional no constituye un mecanismo sustitutivo sino complementario del control difuso que impone el art. 31

de la C.N., y que la Constitución de la Ciudad adopta. Es el interesado en cuestionar la validez de una norma general quien, si además muestra que esa norma pone en vilo alguno de sus derechos, puede optar por una u otra vía. En una de ellas, la del control difuso en supuestos que reúnen las características de una causa de las contempladas en el art. 116 de la C.N., podrá coronar el ejercicio de su defensa con el recurso extraordinario federal. En la otra, la del art. 113, inc. 2º, esa defensa culmina en la sede de este Tribunal, y el efecto de la sentencia no pasa del rechazo del planteo con mantenimiento de la primera vía, o de la derogación de la norma, obviamente con alcance general. Desde luego, quien no ostente algún derecho subjetivo afectado por la norma cuestionada sólo tendrá a su alcance la acción declarativa del art. 113, inc. 2º examinado.

Vale destacar que esa acción sólo puede estar dirigida contra normas locales, no contra las que emanan de autoridades nacionales. Es decir, que instaurarla no excede el legítimo empleo de la facultad de darse sus propias instituciones que el art. 129 de la C.N. asegura a los ciudadanos de la CABA.

Vale recalcar, también, que no es la Constitución de la CABA la que limita la revisión federal en el supuesto de la acción del inc. 2º del art. 113, sino la Constitución Nacional que no permite que supuestos de la naturaleza del allí previsto reciban tratamiento en sede de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En síntesis, quienes cierran el paso hacia la revisión federal de aquellas cuestiones que podrían, planteadas en otras circunstancias, serlo, son: el propio actor que escoge la forma de su planteo, y las normas federales que recortan el ámbito de competencia de sus órganos judiciales.

6. La Constitución Nacional libra a cada gobierno local la decisión acerca de cómo organizar su administración de justicia. Como principio, estas administraciones de justicia deben dar cabida a todo aquello que reúna las características de una causa de las contempladas en el art. 116; pero, nada empece, también como principio, a que el espectro de asuntos atendidos por los órganos que la compongan comprenda algunos que no sean apropiados para su consideración por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Más aún, se ha admitido que ello ocurra en jurisdicción federal, en tanto el legislador puede atribuir a los jueces inferiores competencia para atender cuestiones, las voluntarias, por ejemplo, que como principio no podrían ser llevadas al máximo Tribunal.

Las ampliaciones que cada jurisdicción local estime oportuno disponer quedan fuera del control de la Corte Suprema de Justicia, sin perjuicio, desde luego, de que la cuestión que constituya el *leit-motiv* del caso

no comprendido dentro del ámbito de causas susceptibles de resolución judicial federal a que me refiero pueda ser ulteriormente materia de una causa de las que puede efectivamente tratar ese tribunal cimero. Si, en cambio, el recurso extraordinario federal procediese en supuestos distintos de las causas definidas en la Constitución Nacional, la extensión de la jurisdicción federal quedaría a merced de las provincias que podrían llevarla a extremos que conducirían a la Corte Suprema a invadir la esfera de otros Poderes federales o de Poderes locales.

Muchas jurisdicciones han dotado a sus máximos tribunales de competencias de esta especie. Así, la Constitución de la Provincia de Chaco dota al Tribunal Superior de competencia para resolver una acción de inconstitucionalidad (art. 163, inc. 1-a), la Provincia de Buenos Aires atribuye a su Suprema Corte la resolución, en forma “...originaria y exclusiva(mente) en las causas de competencia entre los poderes públicos de la Provincia...” (art. 161, inc. 2º), o más específicamente “art. 187. Los conflictos internos de las municipalidades, sea que se produzcan entre los departamentos ejecutivo y deliberativo, sea que ocurran en el seno de este último, los de las distintas municipalidades entre sí o con otras autoridades de la Provincia...”. No se me escapa que en alguna ocasión la CSJN ha entrado a conocer de supuestos como este último; pero, quizás la razón de haber asumido la competencia que le venía instada por la parte recurrente yace fuera del texto de la sentencia. Se trata de la causa “Rousselot, Juan C. c/Concejo Deliberante de Morón s/conflicto art. 187 de la Constitución provincial” del 27/12/1990, suscripta por los ministros Ricardo Levene (h), Rodolfo Barra, Julio Oyhanarte y Eduardo Moliné O’Connor, y Carlos S. Fayt por su voto, en *Fallos*, 313:1596, en la que el actor venía reclamando ser repuesto en el cargo de intendente de Morón del cual había sido separado por el Concejo Deliberante. En él se ve una mera remisión a lo que la Corte local consideró justiciable, sin que expresamente se haya dicho que lo era a nivel federal, y menos aún por qué. De todos modos, la aclaración de que no habían sido atacadas por inconstitucionales las disposiciones locales que disponían la “justiciabilidad” de los actos expulsivos de la especie de aquel cuya revocatoria se pedía, introduce, en el texto, un matiz sugestivo. No obstante, cabe señalar que puede suponerse que la solución pudo basarse en la circunstancia de que se estimara que la materia litigiosa comprendía el derecho del recurrente Rousselot a ser elegido y, por tanto, ocupar el cargo, lo que la pondría en línea con la doctrina a que me vengo refiriendo.

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires está sujeta a estas reglas. Observándolas, la CCBA ha organizado su Tribunal Superior de Justicia confiriéndole facultades de resolver asuntos que constituyen causas en el

sentido del art. 116 de la C.N. y otros que no lo son desde el ángulo federal, aunque el constituyente ha querido amoldar su tratamiento a cánones propios de un proceso judicial, y encomendar su solución a su máximo tribunal. Es este el caso de la acción declarativa de inconstitucionalidad contemplada en el inc. 2º del art. 113 de la CCBA.

Esta acción, como queda señalado en los párrafos de los votos de los jueces Maier y Ruiz transcritos más arriba, así como en los vertidos por la Dra. Ruiz en esta sentencia, no somete a este Tribunal un conflicto entre partes acerca de una situación incierta relativa a la existencia o alcance de sus derechos subjetivos, sino que pone en crisis la validez de una norma local de alcance general por oposición a otra de jerarquía superior, no requiere legitimación específica en el actor ni, visto desde otro ángulo, gravamen concreto —art. 18 de la ley 402 que superó un debate acerca del punto conforme estableció este Tribunal—, ni puede llevar a una reparación singular sino solamente a la derogación de la norma impugnada —art. 17 de la citada ley 402—, seguida eventualmente de la insistencia, en el supuesto de que ella fuere una ley. Esto no quiere decir que quien insta una acción de esta especie carezca del propósito de obtener finalmente reparo a una situación personal, sino que ese reparo sobrevendrá como efecto de la derogación de la norma, y no como protección a una situación individual dispuesta por la sentencia. Para la tutela de derechos subjetivos existe el control difuso que no se ve recortado por la existencia de esta vía.

En tales condiciones, nos hallamos en la situación contemplada en el precedente “Asarco Inc. v. Kadish”, 490 US 605, fallado por la Corte Suprema norteamericana, cuyo valor deriva de la proximidad de ambos sistemas de control judicial, reconocida inveteradamente por nuestro máximo tribunal federal que ha hecho suya abundante doctrina de su par estadounidense.

La mencionada causa fue iniciada a raíz de la demanda presentada tanto por contribuyentes como por una asociación de maestros estatales, solicitando la declaración de inconstitucionalidad de una ley estadual que eliminaba recaudos que una ley federal y la propia constitución estadual imponían para el alquiler de ciertas tierras con hidrocarburos que habían sido entregadas por la Unión para destinar su producido a solventar gastos en educación. Junto con la declaración de inconstitucionalidad solicitaron una orden judicial dirigida a prohibir actos en oposición a las leyes federales y a la constitución del Estado (*injunctive relief*). Los demandados, por su parte, eran el Departamento de Tierras Estatales, y los locatarios de las tierras en cuestión. Fueron éstos últimos quienes, frente a un fallo adverso de la corte suprema estadual, recurrieron ante la Corte Suprema de

los Estados Unidos presentado un “caso” en el sentido constitucional, toda vez que la sentencia impugnada los perjudicaba de manera concreta y diferenciada. Si quienes hubieran recurrido hubieran sido los actores —contribuyentes y asociación de maestros— (de haber resultado vencidos ante la Corte Suprema estadual), la Corte Suprema de los Estados Unidos no habría declarado procedente el recurso, toda vez que los actores no podían invocar la existencia de un perjuicio de tales características, por lo que no podrían haber presentado un “caso” en el sentido constitucional.

Así formuló su fundamento ese Tribunal: “Cuando una corte estatal ha emitido pronunciamiento en un caso en que los actores, según los principios que rigen para los tribunales federales, no tienen legitimación para demandar, podemos ejercer nuestra jurisdicción según las reglas del *certiorari*, si el fallo de la corte estadual causa un perjuicio directo, específico y concreto a las partes que recurren [Nota: Que, a diferencia de los actores, estaban legitimadas según las reglas federales] en tanto los requisitos relativos a la existencia de un caso o controversia estén igualmente presentes” [Nota: When a state court has issued a judgment in a case where plaintiffs in the original action had no standing to sue under the principles governing the federal courts, we may exercise our jurisdiction on certiorari if the judgment of the state court causes direct (490 US 605, 624) specific, and concrete injury to the parties who petition for our review, where the requisites of a case or controversy are also met.]. Es decir, que admite revisar lo decidido por la Corte de Arizona, no obstante que esa demanda no habría podido ser llevada a la justicia federal, ni aún mutando aquellas circunstancias determinantes de la jurisdicción provincial para hacerla de competencia federal, puesto que los actores carecían de legitimación a la luz de las normas federales aunque la tuvieran con arreglo a las estaduales. Ello así, en la medida en que hubiera un caso en términos de la Constitución federal, los recurrentes estuvieran legitimados y sufrieran un perjuicio.

En el caso que nos ocupa existe también la atribución, conferida a este Tribunal de Justicia, de la competencia para resolver un caso que no lo sería en la órbita federal. Esa atribución es válida a la luz de la recordada doctrina del precedente “Asarco”; pero, contrariamente a lo que allí ocurría, no existe, con arreglo a las reglas federales, un caso, puesto que no hay derechos subjetivos en disputa, ni parte legitimada pues no hay examen de legitimación, ni gravamen porque no hay situación subjetiva que constituya la materia del proceso. Ninguno de esos puntos puede ser tratados por este Tribunal puesto que son ajenos a la litis. Por tanto, no están en condiciones de ser tratados por la Corte Suprema de Justicia.

En definitiva, la circunstancia de que un asunto sea resuelto por un tribunal de justicia no lo convierte en materia apta para el tratamiento en

jurisdicción federal, ni la circunstancia de que dicho asunto sea una causa en el sentido local lo convierte en causa en el sentido del art. 116 de la C.N. El primer test que debe pasar un debate para suscitar la competencia de la CSJN es el que permite establecer si su objeto constituye una causa en el sentido nacional, a cuyo fin, naturalmente, no basta que lo sea según las concepciones locales. Esto implica que, ni siquiera cuando la denuncia de inconstitucionalidad de normas locales se funde a la luz de garantías propias de la Constitución Nacional, como permite el art. 113, inc. 2º de la CCBA, la CSJN podrá intervenir, en ausencia de caso o controversia en los términos del art. 2º de la ley 27. Como dije más arriba, no es que la Constitución de la CBA cierre la puerta al control sino que la norma federal no la abre; y, por cierto, que la norma local no puede extender el control federal por fuera de lo que esas normas federales establecen.

A este respecto, no hay que confundir las acciones declarativas federales del art. 322 del CPCCN con la del art. 113 inc. 2º de la CCBA, ni aun cuando aquellas pasen por un pronunciamiento acerca de la inconstitucionalidad de una ley. Ello así porque la pretensión acerca de la cual se debe expedir el juzgador en las primeras corresponde a despejar un estado de incertidumbre que pesa sobre una relación jurídica propia de los litigantes, no sobre la validez de una norma general. Es evidente que resolver las de la primera especie puede llevar a analizar normas generales, sus relaciones con otras normas generales y eventualmente declarar la inconstitucionalidad de alguna de ellas; pero, a propósito de la aplicación a la relación jurídica que constituye el verdadero objeto del proceso. En las segundas, no se investiga siquiera si existe alguna relación jurídica personal alcanzada por las normas generales cuya validez se analiza y cuya derogación o vigencia constituye el centro del debate. Ello justificó que la CSJN conociera en el caso de “Banco Nación c/Catamarca, Pcia. de” (*Fallos*, 323:1206) en que la pretensión consistió en establecer si existía obligación de la actora de pagar determinado tributo a la demandada. Que para establecerlo fuera necesario pasar por la determinación de cuál de dos normas debía prevalecer en la pugna entre un precepto local y otro nacional, no altera esa circunstancia. Este objeto determina inmediatamente que quien insta la acción haya debido mostrar que es titular de un derecho subjetivo, que éste le es desconocido por la demandada, que el estado de incertidumbre le provoca perjuicio, y que la incertidumbre y el perjuicio que genera están en situación de ser despejada la una, y reparado o evitado el otro, mediante la sentencia. En el caso que nos ocupa, está vedado a este Tribunal expedirse acerca de la relación del actor con la norma, razón por la cual tampoco incumbe hacerlo a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Idéntica afirmación cabe hacer respecto del gravamen que even-

tualmente estuviere sufriendo o que podría sufrir si le fuera aplicada o de una hipotética relación jurídico que lo tuviese por parte y a cuyo respecto cupiese despejar incertidumbre alguna. Finalmente, la clase de dispositivo en que culmina el tipo de acción que nos ocupa está fuera de la competencia de la CSJN. Ello es así, porque se trata de rechazar la demanda o derogar una norma, cosa que es ajena al tribunal federal. También lo es que una legislatura local no pueda privar de efectos a las sentencias de los tribunales de su jurisdicción, mientras que la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires puede insistir en la sanción de la ley declarada inconstitucional por este Tribunal por dos tercios de miembros presentes, lo que muestra que este procedimiento tiene más semejanza con un veto, en el caso fundado, que con una revisión estrictamente judicial en el sentido federal.

Iguals consideraciones caben respecto a la doctrina judicial establecida en autos “Baeza” (*Fallos*, 306:1125). Allí, la CSJN dijo que no podía juzgar la validez de una consulta popular, convocada para definir los términos de un arreglo limítrofe con Chile, pues el decreto impugnado no afectaba de manera directa intereses legales del actor y por lo tanto ausente tal presupuesto fundamental no se estaba en presencia de un caso concreto (véase consid. 4).

Estas consideraciones están expuestas con toda amplitud en el dictamen del procurador general *in re* “Hidronor c/Neuquén, Pcia. de” (dictamen del procurador general de la Nación, del 17/12/1971) donde señala que la acción declarativa del art. 322 del CPCCN comprende supuestos en que la incertidumbre que busca despejar pesa sobre derechos subjetivos de los denominados públicos, y justifica la admisión de la cuestión porque la sentencia que se requería no debía pasar por la solución de un problema normativo, y por tanto abstracto, acerca de qué Gobierno, el federal o el local, detentaba la competencia de imponer tributos de una determinada especie, sino si los intimados eran legítimos.

Más recientemente, en el precedente “Automotores Transportes Chevallier S.A”. c/resol. 21 del Plenario de la Comisión Federal de Impuestos” (*Fallos*, 317:1548), la Corte Suprema de Justicia de la Nación, modificando la doctrina sentada en “Electrometalúrgica Andina c/San Juan, Pcia. de” (*Fallos*, 302:150) resolvió que podía revisar por medio del recurso extraordinario, previsto en una ley del Congreso cuya constitucionalidad no estaba formalmente cuestionada, lo relativo a la contradicción entre un impuesto local y la ley de coparticipación federal. El recurso estaba interpuesto por el contribuyente, es decir, por quien estaba legitimado según las reglas federales que tratan la cuestión, cosa que debía ser tenida por tal por la Comisión Federal de Impuestos, órgano emisor del

acto recurrido, puesto que así lo exigía la ley de coparticipación, tanto la entonces vigente como otras de su misma especie. Esta es la circunstancia que separa ese caso del que nos ocupa, puesto que la materia a propósito de la cual se debatía la cuestión relativa a la pugna entre dos normas generales era el efecto que la definición de esa pugna tendría sobre los derechos y obligaciones del recurrente. Según está fuera de toda discusión, esto no ocurre en el caso de la acción declarativa del art. 113, inc. 2º comentado.

En el mismo orden de ideas, cabe detenerse en el examen de lo resuelto *in re* “Gómez Diez, Ricardo y otros c/PEN —Congreso de la Nación s/proceso de conocimiento” (*Fallos*, 322:528) donde la CSJN sostuvo que “si bien en numerosos precedentes esta Corte admitió la existencia, en el orden nacional, de las acciones declarativas de mera certeza y de inconstitucionalidad, dicha admisión quedó sujeta al cumplimiento de los recaudos a que alude el anteriormente citado art. 322 del CPCCN (conf. *Fallos*, 306:1125; 307:1379, 2384; 308:1489, 2268, 2569; 310:142, 606, 977; 311:1835), entre los que se destaca la necesidad de la existencia de un caso en el que el titular de un interés jurídico *concreto* busca fijar la modalidad de una relación jurídica o prevenir o impedir las lesiones a un derecho de base constitucional [...] Que dicha necesidad surge de los arts. 116 y 117 (100 y 101 antes de la reforma de 1994) de la C.N., los cuales, siguiendo lo dispuesto en la sección 11 del art. 111 de la ley fundamental norteamericana, encomiendan a los tribunales de la república el conocimiento y decisión de todas las ‘causas’, ‘casos’ o ‘asuntos’ que versen —entre otras cuestiones— sobre puntos regidos por la Constitución [...] Que, sobre la base de tales disposiciones, una constante jurisprudencia del tribunal expresó que dichos casos ‘son aquellos en los que se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas’, motivo por el cual no hay causa ‘cuando se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de los otros poderes’; ni, por ende, existe facultad alguna en cabeza del Poder Judicial de la Nación que lo autorice, en tales circunstancias, a formular dichas declaraciones (*Fallos*, 307:2384, consid. 2º, 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 ése 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 [aqué] 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 US 727) o, como ha expresado esta Corte (*Fallos*, 306:1125; 307:1379; 308:2147; 310:606, entre muchos otros) [...] Que, de igual modo, la pretensión tampoco resulta atendible si se observa que con ella se persigue una declaración de ilegitimidad cuyos efectos no se limitan a actos relacionados con un conflicto o controversia *concreto*, sino que se proyectan *erga omnes*, al procurar una sentencia con carácter de norma general (la declaración de inconstitucionalidad de una ley y el dictado, en un plazo determinado, de otra en su lugar), cuando, como se ha señalado ya, ‘los jueces [se refiere a los federales] no pueden tomar por sí una ley o una cláusula constitucional y estudiarla e interpretarla en teoría, sino sólo aplicarla a las cuestiones que se suscitan o se traen ante ellos por las partes a fin de asegurar el ejercicio de derechos o el cumplimiento de obligaciones’ (*Fallos*, 311:2580, consid. 3º, el destacado no se encuentra en el original).

7. A pesar de lo manifestado por el recurrente a fs. 168, la referida introducción del art. 43 en la C.N. reformada en el año 1994, no varía la circunstancia que justifica la denegatoria del recurso, a saber, que la acción declarativa de inconstitucionalidad (art. 113, inc. 2º, CCBA) no es una causa. En verdad, tampoco argumenta en sentido contrario la recurrente, toda vez que las razones que en dicho artículo apoya apuntan a la mayor extensión que el universo de legitimados ha adquirido, a partir de reconocimiento de una categoría de derechos denominados “de incidencia colectiva”. Esa categoría puede ser poblada, al igual que la de derechos subjetivos clásicos, por el legislador, y en lo inmediato, podrían afirmarse en la cláusula constitucional los allí mencionados relativos a cualquier forma de discriminación, al medio ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, ninguno de los cuales está en juego aquí, aun cuando se haya atacado la norma por discriminatoria. Ello así, porque no se debate acerca de personas concretamente discriminadas, sino acerca de una discriminación en abstracto. No es que las discriminaciones en abstracto carezcan de importancia. Precisamente, la CCBA reconoce dicha importancia al establecer un mecanismo para eliminarlas. Pero, lo cierto es que las

discriminaciones concretas tienen previsto otro mecanismo, a saber, el control difuso en el marco de una causa.

En términos generales, la acción del art. 113, inc. 2º del CCBA es, a la manera europea, un mero control de una norma general cuestionada en abstracto por cualquier sujeto de derecho con independencia de su situación frente a ella; mientras que el art. 43 de la C.N. está dirigido a salvaguardar situaciones en que el derecho tutela a los afectados, o en todo caso, asociaciones cuyo objeto sea preservar el interés de estos afectados. En este orden de ideas, las causas que introduce el art. 43 de la C.N. en el universo de lo justiciable, nacen siempre de una pretensión de obtener tutela para alguna situación individual o colectiva concreta, afectada por una norma, y no pueden, en cambio, suscitarse, como en el caso de la acción declarativa de inconstitucionalidad, al sólo fin de preservar la coherencia del orden jurídico.

8. El precedente “Asarco” al que me he referido resulta útil para tratar otro aspecto que es, en verdad, ajeno a la hipótesis de autos, pero conducente para despejar una hipotética duda. El art. 113 prevé, para el supuesto de que la acción declarativa progrese, que la Legislatura puede insistir por una mayoría potenciada, tras lo cual la ley recobra vigencia, pero “la ratificación de la Legislatura no altera sus efectos (los de la sentencia) en el caso concreto ni impide el posterior control difuso de constitucionalidad ejercido por todos los jueces y por el Tribunal Superior”.

El empleo de la palabra “caso” puede llevar a alguna confusión. Ciertamente, lo que abre o cierra el recurso federal no es el concepto de “caso” en la Constitución de la CABA sino el de “causa” en la Constitución Nacional. Pero, más allá de ello, y aquí viene la enseñanza de “Asarco”, así como puede ocurrir que una de las partes carezca de legitimación mientras que la otra la tenga, y en función de ello que una pueda recurrir y a la otra le esté vedado, en nuestro caso, cuando el actor triunfa, se puede sostener que nace en su beneficio un efecto de la sentencia que no puede ser alterado por la insistencia de la Legislatura, y que sería oponible al Gobierno de la Ciudad en una actuación judicial ulterior en que se dirimiera, esta vez concretamente, el alcance de su derecho subjetivo. Pues bien, en este supuesto sí habría un efecto de la sentencia en una causa futura, pero, claro está, tampoco procedería el recurso extraordinario federal, esta vez por inexistencia de resolución favorable a la norma local, o si se lo prefiriera contraria al derecho federal invocado.

A diferencia de este supuesto, en el caso que nos ocupa no existe efecto alguno que el rechazo de la acción proyecte sobre las causas que sean instadas en el marco del control difuso.

9. Finalmente en el precedente “Iraizoz” la CSJN (I.7, L.XXXVI, “Iraizoz, Juan Fermín c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, sentencia del 3/4/2001) abrió un recurso de hecho a propósito del rechazo de una acción declarativa porque involucraba una pretensión propia de una causa o caso, es decir, que no conoció en una acción efectivamente admitida como declarativa de inconstitucionalidad, sino precisamente en un supuesto que podía reunir las condiciones de una causa federal; y por otra parte se limitó a obligar a establecer el juez competente, lo cual suponía interpretarla *prima facie* como una controversia; supuesto contrario al aquí analizado.

Por todo lo expuesto, el recurso extraordinario interpuesto debe ser denegado. Costas a la vencida.

Por ello:

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *No conceder* el recurso extraordinario federal interpuesto por la Asociación por los Derechos Civiles a fs. 144/172. Con costas.

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

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

LI

“BONDA, RAÚL ALBERTO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘BONDA, RAÚL ALBERTO C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)’”

RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad. Fundamentación.
Autosuficiencia. Invocación genérica de garantías constitucionales.
Caso constitucional. Normas infraconstitucionales. Caja de ahorro.
Débito automático. Circulares del Banco Central de la República Argentina

Expte. nº 3620/04 - 8/6/2005

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Raúl Alberto Bonda, con el patrocinio letrado del señor defensor general Víctor E. Hortel, deduce recurso de queja (fs. 1/20 vta.) contra la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad (fs. 125/131 vta., del expediente principal), decidida por la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario (fs. 140/140 vta., expediente principal).

El recurso de inconstitucionalidad en cuestión se dirigió contra la sentencia de segunda instancia (fs. 119/122, del expediente principal), la cual hizo lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por el Banco Ciudad (fs. 92/93 vta., del expediente principal) y, en consecuencia, revocó la sentencia dictada por el juez de primera instancia (fs. 87/91 del expediente principal) en cuanto había admitido la pretensión dirigida a revertir los débitos automáticos efectuados en los treinta días anteriores al 17/7/2003.

2. El ahora quejoso promovió acción de amparo contra el Banco de la Ciudad de Buenos Aires (fs. 1/3 del expediente principal), a fin de que éste cesara de efectuar descuentos por débitos automáticos en la cuenta de caja de ahorro del actor. Dichos débitos se orientaban a cumplir con el pago de las cuotas devengadas para la cancelación de préstamos que, según el relato del propio demandante, éste había acordado con “varias instituciones”, sin mayor especificación en cuanto a su número o filiación. La segunda pretensión del demandante era lograr la reversión de los débitos automáticos efectuados a partir de los treinta días corridos anteriores al 17/7/2003, fecha en la cual el amparista había presentado una nota en la entidad bancaria a esos efectos.

Por su parte, el juez de primera instancia decidió admitir la acción de amparo y ordenar al Banco Ciudad se abstenga de realizar débitos automáticos en la cuenta del actor y revierta los débitos efectuados a partir de la fecha indicada.

3. El señor fiscal general, al emitir su dictamen de fs. 25/29, coincide con la decisión de la Cámara y, en consecuencia, propone rechazar la queja interpuesta por Raúl Alberto Bonda.

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El caso aquí planteado es sustancialmente análogo al decidido por este Tribunal *in re* “Góngora Martínez, Omar Jorge s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Góngora Martínez, Omar Jorge c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 3264/04, resolución del 23/2/2005.

Como en aquel caso, el recurso de queja interpuesto a fs. 1/20 fue deducido en tiempo (art. 33, ley 402). Sin embargo, no puede ser admitido.

2. Es un requisito mínimo para la concesión de la queja, que contenga, básicamente, una crítica concreta y razonada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad; recaudo que el escrito en examen no reúne, sólo se sustenta en la mera discrepancia del recurrente con la decisión del tribunal *a quo*. Este tribunal ya ha dicho reiteradamente que la ausencia de una crítica desarrollada y fundada destinada a rebatir argumentativamente los fundamentos por los cuales la Cámara resolvió no conceder el recurso, obsta a la procedencia de la queja puesto que la presentación resulta así privada del fundamento tendiente a demostrarla (conf. el tribunal *in re* “Guglielmone, María Dolores s/art. 74, Cód. Contrav. s/recurso de queja”, expte. n° 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. n° 3264/04 y sus citas, resolución del 23/2/2005).

Lo expuesto basta para rechazar el recurso de queja.

3. La queja, además, padece de un defecto genérico: no logra conectar el agravio concreto que —afirma— le provoca la sentencia de Cámara, con un motivo de impugnación de carácter constitucional, esto es, con la aplicación de una norma que lesione una garantía constitucional referida directamente al caso (conf. este Tribunal *in re* “Góngora Martínez, Omar Jorge s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Góngora Martínez, Omar Jorge c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo [art. 14, CCBA]’”, expte. n° 3264/04, resolución del 23/5/2003). Es decir, que no se ha logrado exponer fundadamente un caso constitucional, conforme lo establece el art. 27 de la ley 402, más allá de efectuar alusiones genéricas a la violación del derecho de propiedad.

Como lo señala el fiscal general en su dictamen (fs. 25/29), en los escritos mediante los que se interpusieron los recursos de inconstitucionalidad y de queja, se enuncia en abstracto la afectación de derechos constitucionales pero sin vincularla concretamente con el contenido de la sentencia recurrida. El recurrente solamente formula reproches genéricos a la sentencia recurrida y menciona meramente disposiciones constitucionales (arts. 14 y 17, C.N.), sin conectar esos reproches con las menciones que realiza, de manera de establecer una verdadera causa constitucional (conf. este Tribunal *in re* “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Fullone, Mirta Susana c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 3101/04, resolución del 17/11/2004 y sus citas, mi voto, consids.

1 y 2; “Novik, Jorgelina Carla y Wlodkowsky, Irene c/GCBA s/amparo”, expte. n° 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. n° 1309/01, resolución del 6/3/2002 y sus citas).

Por último, debo señalar que el recurso de inconstitucionalidad fue correctamente denegado por la Cámara, en tanto las disposiciones puestas en juego para fundar la sentencia —en particular las circulares del Banco Central de la República Argentina— constituyen aplicación e interpretación de reglas infraconstitucionales, materia no comprendida por el recurso interpuesto ni constitutiva de la competencia del tribunal mientras su validez no sea cuestionada por razones constitucionales, más allá del acierto o desacierto de su interpretación según los puntos de vista de los diversos intérpretes. El recurso de inconstitucionalidad no erige al tribunal en una tercera instancia sobre hechos ni sobre derecho común.

En consecuencia, la queja planteada debe ser rechazada.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

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

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El caso aquí planteado es sustancialmente análogo a dos causas decididas por el TSJ y en las que yo fui juez de trámite: “Góngora Martínez, Omar Jorge s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Góngora Martínez, Omar Jorge c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 3264/04, resolución del 23/2/2005; y en “Lagomarsino de Fernández, Norma Rosa s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Lagomarsino de Fernández, Norma Rosa c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 3556/04, resolución del 18/5/2005.

Como en aquellos casos, el recurso de queja interpuesto cumple con los requisitos extrínsecos, de tiempo y forma exigidos ritualmente (art. 33, ley 402). Sin embargo, él no puede tener acogida favorable.

2. En efecto, el recurso de queja directo deducido por el Sr. Raúl Bonda padece de un defecto genérico: no logra conectar el agravio concreto que —afirma— le provoca la sentencia de Cámara, con un motivo de impugnación de carácter constitucional, esto es, con la aplicación de una norma que lesione una garantía constitucional referida directamente al caso.

Esta apreciación general exige, para fundar la decisión, de precisiones concretas. En el caso, puede observarse en los escritos mediante los

cuales son interpuestos los recursos de inconstitucionalidad y de queja que, no obstante enunciarse en abstracto la afectación al derecho de propiedad de la quejosa —fs. 129 vta./131 vta. del expediente principal y 2, 4 vta./5, 7, 8, 11 y 14/14 vta. del expediente de queja—, ella no logra exponer fundadamente un caso constitucional, conforme lo establece el art. 27 de la ley 402. La recurrente solamente formuló reproches genéricos a la sentencia recurrida, así como incurrió en la mera mención de disposiciones constitucionales (arts. 14 y 17, C.N.), sin conectar esos reproches con los agravios que propone, de manera de establecer una verdadera causa constitucional (conf. este Tribunal *in re* “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado” en “Fullone, Mirta Susana c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA]”, expte. n° 3101/04, resolución del 17/11/2004 y sus citas, mi voto, consid. 1 y 2; “Novik, Jorgelina Carla y Wlodkowsky, Irene c/GCBA s/amparo”, expte. n° 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. n° 1309/01, resolución del 6/3/2002 y sus citas).

De este modo, la queja reitera los defectos que ya contenía el recurso de inconstitucionalidad, pues si bien proclama en forma genérica la afectación de un derecho de raigambre constitucional —el derecho de propiedad, tutelado por los arts. 14 y 17, C.N., y 10 y 12, inc. 5°, CCBA—, no logra establecer la adecuada correspondencia entre el derecho cuya afectación invoca y el contenido —negativo para ella— de la sentencia recurrida.

Asimismo, el recurso no contiene una crítica desarrollada y fundada del auto denegatorio, omisión que obsta a su procedencia puesto que, de este modo, la presentación resulta privada del fundamento mínimo tendiente a demostrarla (*Fallos*, 290:391; 293:166; 302:502; 304:332; 307:723; 308:2263 y 311:2338). En el mejor de los casos para la recurrente, la queja se sustenta exclusivamente en su mera discrepancia con la solución dada por el tribunal *a quo*, lo que no comporta suficiente fundamento para conceder el recurso intentado.

En consecuencia, el recurso de inconstitucionalidad fue correctamente denegado por la Cámara. Como sostuvo este Tribunal, voto de las señoras juezas Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde, el señor juez Guillermo A. Muñoz y mío propio *in re* “Estudio Becar Varela c/GCBA (Dirección General de Rentas y Empadronamiento Inmobiliario) s/cobro de pesos s/recurso de inconstitucionalidad concedido y recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, exptes. n° 1644/02 y n° 1639/02 (por cuerda), consid. 2: “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, el tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad (...) Cabe destacar, por fin, que la circunstancia de que el recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que la sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria (conf. *CyJ, Fallos TSJBA*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, t. I, pp. 282 y ss., en: “Federación Argentina de Box c/GCBA s/acción de inconstitucionalidad”, expte. n° 49/99, resolución del 25/8/99 y sus citas”).

Las demás disposiciones puestas en juego para fundar la sentencia (derecho civil, derecho bancario, en sus múltiples formas) constituyen todas interpretación de reglas infraconstitucionales, tarea no comprendida por el recurso interpuesto ni constitutiva de la competencia del tribunal, mientras su validez no sea cuestionada por razones constitucionales, más allá del acierto o desacierto de su interpretación según puntos de vista de los diversos intérpretes. El recurso de inconstitucionalidad no erige al tribunal en una tercera instancia sobre hechos ni sobre derecho común.

Lo expuesto basta para rechazar el recurso de queja con relación al motivo intentado.

3. Además, como atinadamente lo advierte el señor fiscal en el punto III de su dictamen, el escrito de interposición de la queja exhibe un defecto sustancial que inhibe la intervención del TSJ. En efecto, el agravio relativo a la presunta irrazonabilidad de la sentencia de la Sala II de la Cámara Contravencional en lo Administrativo y Tributario —basado en el cuestionamiento del criterio de los camaristas, al entender prudente interpretar las normas bancarias invocadas a la luz de las disposiciones del Código Civil— ha sido introducido de manera extemporánea, pues no fue sometido a la consideración de la Cámara en oportunidad de expedirse respecto del recurso de inconstitucionalidad. Por consiguiente, el agravio aparece como una reflexión tardía y el tema no puede reputarse parte del marco del debate planteado en el recurso de queja que deba ser objeto de ponderación en este pronunciamiento (conf. art. 27 de la ley 402 y este Tribunal en las causas “Oniszczuk, Carlos Alberto y Vallejos, Patricia Teresa Itatí s/ley 255 [Federico Lacroze 3531]”, expte. n° 2955, resolución del 24/8/2004, votos de los señores jueces Casás, consid. 2.a y Conde, consid. I; “Pattarone, César Marcelo José s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Pattarone, César Marcelo José y Zava, Cristian s/art. 72, Cód. Contrav. —apelación’”, expte. n° 2809/04, resolución del 24/5/2004, especialmente voto del señor juez Casás, punto 1, entre otras decisiones).

En consecuencia, la queja planteada debe ser rechazada.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Adhiero a la solución propiciada por mi colega, la doctora Ana María Conde, en cuanto decide rechazar la queja interpuesta por la parte actora. En homenaje a la brevedad, me remito a los fundamentos desarrollados en su voto —en tanto ponen en evidencia que, en el caso, la recurrente no logra articular una verdadera cuestión constitucional— y a los brindados en sentido concordante por el señor fiscal general en su dictamen obrante de a fs. 25/29 de la queja.

Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

El caso aquí planteado es sustancialmente análogo al decidido por el TSJ *in re* “Góngora Martínez, Omar Jorge s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Góngora Martínez, Omar Jorge c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 3264/04, resolución del 23/2/2005, por lo que estimo conveniente remitirme a los argumentos allí expuestos.

Como en el citado precedente, coincido con la solución propuesta por el juez de trámite, el recurso de inconstitucionalidad ha sido bien denegado y la queja, por ende, debe ser rechazada.

La omisión de aplicar las circulares A-2559 y A-3336 del Banco Central de la República Argentina, que la quejosa estima injustificada o aun arbitraria, encuentra en la sentencia que puso fin al pleito explicación suficiente, toda vez que ella rechaza el reclamo relativo a la reversión de los débitos practicados en los treinta días previos al requerimiento del titular de la cuenta (17/7/2003) con base en lo que consideró que constituía la voluntad común de las partes a la luz de las constancias del expediente. La recurrente no demuestra que esa voluntad contractual no cumpla con los contenidos que la circular impone introducir en los contratos de depósito bancario a fin de proceder a realizar los débitos a que se refiere. Ello es así, pues no rebate cuál fue el contenido concreto del contrato celebrado entre banco y cliente ni aduce que ese contenido esté en pugna con la circular. En todo caso, el requerimiento de motivación de la solicitud que la Cámara estimó exigible no es sino un modo de interpretar la circular que la sentencia atribuye a las partes en el contrato. En síntesis, la Cámara ha encontrado apoyo para su decisión en circunstancias de hecho, prueba y derecho común —art. 1197, Cód. Civil— que privan a lo resuelto de relación directa con las cláusulas constitucionales invocadas.

Por lo precedentemente expuesto la queja debe ser rechazada.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el señor fiscal general.

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja planteada por Raúl Alberto Bonda a fs. 1/20 vta.

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

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

LII

“GESTO, MARÍA CRISTINA Y OTROS S/QUEJA
POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN:
‘ALSARO S.A. C/GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES
S/EXPROPIACIÓN INVERSA”

RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad. Fundamentación.
Autosuficiencia. Invocación genérica de garantías
constitucionales. Regulación de honorarios. Caso
constitucional. Normas infraconstitucionales. Arbitrariedad de sentencia

Expte. n° 3769/05 - 8/6/2005

VISTO:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Los abogados María Cristina Gesto, Salvador Roberto Benalal, Claudio Alejandro Fernández y Horacio Raúl Peluffo interponen queja contra la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad dirigido a cuestionar la decisión de la Sala I que confirmó los honorarios regulados a los mencionados profesionales por los trabajos realizados en primera instancia.

2. Con apoyo en su apreciación acerca de la naturaleza, eficacia y mérito de la labor desarrollada, en función de las etapas cumplidas, la

jueza de primera instancia reguló, en conjunto, la suma de \$ 7.000 por dirección letrada y, la de \$ 3.000 por la procuración, solución que confirmó por similares consideraciones la Sala I de la Cámara Contravencional en lo Administrativo y Tributario. Los honorarios reconocidos, según los recurrentes, compensan la actuación profesional correspondiente a una de las etapas en las que la ley arancelaria divide el proceso ordinario (comprensiva de la interposición de una excepción previa de prescripción y de la contestación de demanda), así como el incidente de caducidad de instancia cuyo progreso determinó, en definitiva, la conclusión del juicio de expropiación inversa entablado por Alsaro Sociedad Anónima.

En el recurso de inconstitucionalidad los letrados se agravan de la regulación impugnada porque, en su opinión, ella desconoce los mínimos arancelarios fijados por la ley 21.839 y soslaya la exigencia prevista por el art. 13 de la ley 24.432, vinculada con la obligación de fundar expresamente los pronunciamientos que se apartan de los mínimos mencionados. Además, los recurrentes formulan los cálculos matemáticos que llevan de la base regulatoria escogida al valor de los topes entre los cuales la ley arancelaria permitía fijar los emolumentos profesionales, siempre superiores a los efectivamente reconocidos. En consecuencia, la regulación impugnada, según los recurrentes, vulnera su derecho de propiedad (arts. 17 y 12, inc. 5º, CCBA), el debido proceso (art. 18, C.N.) y la garantía de igualdad ante la ley (art. 16, C.N. y 11, CCBA).

3. La Cámara rechazó el recurso de inconstitucionalidad pues consideró que las garantías constitucionales invocadas no guardan relación directa con el pronunciamiento impugnado ni se configura, en el caso, un supuesto de arbitrariedad.

4. El señor fiscal general adjunto se limitó a constatar la admisibilidad formal del recurso sin expedirse sobre su procedencia por no comprometer el caso cuestiones de interés público.

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. El recurso de queja se interpuso en tiempo y forma (art. 33, L.P.T.) pero no logra demostrar que los derechos y garantías invocados tengan relación directa con la resolución impugnada ni que ella pueda ser calificada como arbitraria.

2. En principio, las decisiones que regulan honorarios no son revisables en vía extraordinaria, y si bien es cierto que tal regla admite excepciones, ellas no concurren en este caso.

Los recurrentes sostienen que la regulación de honorarios de fs. 17 es ilegítima por resultar inferior al límite mínimo previsto por la ley arancelaria. En su planteo, asumen que el monto del proceso es el importe que la parte actora reclamó en el juicio de expropiación inversa (\$ 1.660.569,20) sin considerar otra posibilidad al respecto ni cuestionar la constitucionalidad de la ley aplicada.

En tales condiciones, el progreso del planteo requiere demostrar que no existe interpretación posible de la ley de arancel que avale lo resuelto. Más allá de lo escueto de la motivación de la providencia recurrida, habitual en las regulaciones de honorarios, no cabe descartar sin más, como lo hace la apelante, que el *a quo* haya acudido a una base disminuida como la del art. 20 u otras consideraciones de las que han sido estimadas como sostenibles por la CSJN en precedentes como los publicados en *Fallos*, 257:142; 296:124; 302:534. Tampoco surge de los agravios que los recurrentes hubieran formulado oportunamente planteos cuyo tratamiento omitió la decisión impugnada. Frente a ello, insisto, no hay razones para sostener que la regulación impugnada carece de respaldo legal ni coherencia con la jurisprudencia aplicable.

Así las cosas, tal como afirmó la Cámara, las garantías constitucionales invocadas por los recurrentes carecen de relación directa con la decisión cuestionada. En tanto el recurso de inconstitucionalidad no plantea un caso de esa especie, el tribunal carece de jurisdicción para expedirse sobre la interpretación y aplicación de normas infraconstitucionales formulada por los jueces de mérito.

3. En cuanto a la invocación de la doctrina de la arbitrariedad, ausente la demostración de un vicio grave en la resolución impugnada, más allá de su acierto o error, el reproche constituye una mera discrepancia con el criterio de los jueces de mérito, que no exhiben como arbitraria a la resolución impugnada (conf. TSJ *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, *CyJ, Fallos TSJBA*, I-1999, pp. 282 y ss.).

4. Finalmente, corresponde señalar que la invocación del art. 13 de la ley 24.432 no fue introducida de manera oportuna. En efecto, al recurrir la regulación practicada en primera instancia no se incluyó agravio alguno al respecto que permitiera a la Cámara expedirse sobre el tema y en definitiva habilitara la jurisdicción de este Tribunal (fs. 18/20).

Por las razones dadas, corresponde rechazar la queja interpuesta a fs. 33/40.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Me adhiero al voto del señor juez de trámite y dejo a salvo mi rechazo de la llamada *arbitrariedad* como motivo de impugnación del recurso de inconstitucionalidad previsto por los arts. 113, inc. 3º, CCBA y 27 de la ley regl. 402 (véase mi voto en “Compañía Meca S.A. c/DGR [resol. 429-DGR/00] s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 2630/03 y sus acumulados exptes. n° 2538/03 y n° 2585/05, sentencia del 12/8/2004, y sus citas).

Básicamente, el recurrente sólo manifiesta discordancia con el fallo de la Cámara, sus extremos fácticos y jurídicos, y con la interpretación de preceptos comunes (infraconstitucionales) y locales.

Por estas razones, voto por rechazar el recurso de queja interpuesto a fs. 33/40.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por los abogados María Cristina Gesto, Salvador Roberto Benalal, Claudio Alejandro Fernández y Horacio Raúl Peluffo a fs. 33/39 fue deducido en tiempo y forma (art. 33, ley 402). Sin embargo, él no puede ser admitido.

El escrito no contiene una impugnación autónoma, autosuficiente y fundada de la resolución de fs. 30/31. De modo que los quejosos no satisfacen la carga procesal consistente en realizar una crítica concreta y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. el tribunal *in re* “Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 865, resolución del 9/4/2001), ni rebaten argumentativamente los fundamentos por los cuales la Cámara resolvió no concederlo; omisión que obsta a su procedencia puesto que, de este modo, la presentación resulta privada del fundamento mínimo tendiente a demostrarla (*Fallos*, 290:391; 293:166; 302:502; 304:332; 307:723; 308:2263; 311:2338).

La omisión señalada basta para rechazar la queja intentada.

2. Por otro parte, la queja reitera los defectos que ya contenía el recurso de inconstitucionalidad (fs. 24/29), pues si bien proclama en forma genérica la afectación de un derecho de raigambre constitucional —el derecho de propiedad, tutelado por los arts. 14 y 17, C.N., y 10 y 12, inc. 5º, CCBA— no logra establecer la adecuada correspondencia entre el derecho cuya afectación invoca y el contenido de la sentencia recurrida. Es decir, no logra exponer con éxito un caso constitucional.

Esta apreciación general exige, para fundamentar la decisión, de precisiones concretas. En el caso, puede observarse en los escritos mediante los cuales son interpuestos los recursos de inconstitucionalidad y de queja que,

los recurrentes solamente formularon reproches genéricos a la sentencia recurrida, y se limitaron mencionar disposiciones constitucionales (arts. 14 y 17, C.N.). En consecuencia los supuestos agravios que invocan no alcanzan a presentar un caso constitucional por falta de argumentos suficientes (conf. este Tribunal *in re* “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Fullone, Mirta Susana c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 3101/04, resolución del 17/11/2004 y sus citas, mi voto, consid. 1 y 2; “Novik, Jorgelina Carla y Wlodkowsky, Irene c/GCBA s/amparo”, expte. n° 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. n° 1309/01, resolución del 6/3/2002 y sus citas).

Es más, la decisión judicial de regular los honorarios conforme una determinada interpretación de la ley de aranceles profesionales (ley 21.839) no define, por sí misma, la existencia de una cuestión constitucional.

3. La alegada arbitrariedad de la sentencia impugnada no logra demostrar que la hermenéutica propiciada por la Sala I de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario respecto de los hechos del caso y de la aplicación de los arts. 6°, 7°, 9°, 10, 33, 37 y cctes de la ley 21.839, sea infundada o afecte principios constitucionales.

Como manifesté ya en otras ocasiones “la *mera discrepancia* del recurrente con el fallo impugnado no es un elemento para rechazar el recurso, sino un *presupuesto necesario, aunque no suficiente* (...). Al requisito señalado *deben sumarse otros*: la interposición en tiempo oportuno y la introducción *de un caso constitucional*” (conf., sin el destacado, “Carracedo, Hugo Luis s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado” y su acumulado expte. n° 2578 “GCBA s/recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado”, ambos en: “Carracedo, Hugo Luis c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]”, expte. n° 2567/03, resolución de 20/4/2004).

4. Por las razones señaladas, voto por rechazar la queja interpuesta.

Los jueces JOSÉ O. CASÁS y ANA MARÍA CONDE dijeron:

Adherimos al voto de nuestro colega, el juez Luis Francisco Lozano.
Por ello, oído el señor fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Rechazar* el recurso de queja interpuesto a fs. 33/40.

2°. *Dar* por perdido el depósito de fs. 45.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique, se ponga en conocimiento del señor fiscal general adjunto, y, oportunamente, se remita esta queja a la Sala que intervino en la causa para que, por quien corresponda, se agregue a los autos principales.

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

LIII

“OSCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘FEDERACIÓN MÉDICA GREMIAL DE LA CAPITAL FEDERAL Y OTROS C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)’”

**RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad. Recurso
de inconstitucionalidad. Extemporaneidad.
Sentencia definitiva. Médico. Obra social. Derecho de elección**

Expte. n° 3796/05 - 8/6/2005

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Federación Médica Gremial de la Capital Federal interpuso una demanda de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires para que se declare que los profesionales médicos y del arte de curar que trabajan en relación de dependencia en el GCBA tienen derecho a elegir una obra social nacional según lo establecido por el art. 37 de la ley 472. Solicita, asimismo, que se transfieran los aportes y contribuciones de obra social que corresponda realizar, a la Obra Social de los Médicos de la Ciudad de Buenos Aires (OSMEDICA) (fs. 85/101).

El juez de primera instancia dispuso, entre otras cuestiones, que se integre la litis con la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (OSCBA) y se corra traslado de la acción de amparo a dicha obra social por el término de cinco días (fs. 84).

2. La OSCBA interpuso apelación comprensiva de nulidad contra el mencionado despacho pues, sostuvo:

- a) esta decisión resulta violatoria de los requisitos de admisibilidad de la acción de amparo establecidos en el art. 14 de la CCBA y en la ley 16.986 y
- b) el juez se atribuyó una competencia que no le corresponde ya que la jurisdicción local es incompetente para intervenir en este proceso (fs. 55/83).

El juez denegó la concesión del recurso por no tratarse de una decisión apelable, de acuerdo con el art. 15, ley 16.986 (fs. 54). La obra social, entonces, acudió en queja ante la Cámara (fs. 47/53), recurso que fue rechazado por la Sala I con el mismo argumento (fs. 45).

3. Frente a esta resolución, la OSCBA dedujo el recurso de inconstitucionalidad (fs. 5/43) que fue denegado por la Cámara (fs. 2/4); ello motivó la presentación de una queja ante el tribunal (102/137).

4. El fiscal general adjunto se pronunció por el rechazo del recurso de hecho intentado (fs. 143/144).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La queja planteada por la OSCBA debe ser rechazada.

2. La OSCBA cuestiona la providencia que dispuso correr traslado de la acción de amparo.

Es sabido que el recurso de inconstitucionalidad procede contra las sentencias definitivas del tribunal superior de la causa y que él debe interponerse dentro del plazo de diez días contados a partir de la notificación de la resolución que lo motiva (arts. 27 y 28, ley 402). Este plazo reviste carácter perentorio y no se interrumpe ni suspende por la interposición de otros recursos declarados improcedentes [en similar sentido, para el recurso de queja “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 y “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].

El recurso de inconstitucionalidad planteado por la obra social, y la queja que lo defiende ante este estrado, persiguen obtener la revisión de la decisión de primera instancia que ordenó el traslado del amparo.

Ahora bien, la OSCBA recién planteó el recurso de inconstitucionalidad luego de que la Cámara rechazara su queja por recurso de apelación denegado, con fundamento en lo dispuesto en el art. 15 de la ley de amparo.

La articulación de recursos inadmisibles (en el caso, apelación y queja por la denegatoria de ese recurso), afectó la temporaneidad del recurso de inconstitucionalidad planteado por la OSCBA. El plazo para su interposición debe computarse a partir de la notificación de la decisión de primera instancia que dispuso el traslado de la demanda, ya que esta resolución, por su naturaleza, era inapelable.

En efecto, como ya lo hemos dicho, si la decisión de primera instancia resulta inapelable, y ante la inexistencia de otras vías procesales ordinarias potencialmente aptas para la revisión de la sentencia de grado, es el juzgado el “tribunal superior de la causa” a que se refiere el art. 27 de la ley 402, sin que tal circunstancia se vea alterada por la previa interposición de un recurso de apelación improcedente que no interrumpe ni suspende el plazo previsto por el art. 28 de la L.P.T. para interponer el recurso de inconstitucionalidad (conf. art. 137, CCAyT y doctrina del tribunal *in re* “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘D’Urso, Hernán María c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA]”, expte. n° 3007/2004, sentencia del 12/8/2004, aplicable al *sub lite*; conf. “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Expreso Cañuelas S.A. s/ejecución de multa”, expte. n° 3276/04, del 3/11/2004).

En consecuencia, el plazo previsto por la ley 402 debía computarse desde que la recurrente quedó notificada de la decisión del 24/10/2003 (transcripta en la cédula cuya copia obra a fs. 84).

Por las razones expuestas, voto por rechazar la queja de fs. 102/137.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. La queja interpuesta por la accionada (OSCBA), así como el recurso de inconstitucionalidad que defiende, no pueden prosperar.

2. En efecto, adhiero al punto 2. del voto de la señora jueza de trámite, que funda el carácter extemporáneo del recurso de inconstitucionalidad articulado por la demandada (fs. 5/43).

3. Por lo demás, la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado tampoco es procedente porque su objeto no es una *sentencia definitiva*. La providencia de primera instancia que, en cuanto es materia de agravios, ordena correr traslado a la acción de amparo a la demandada (fs. 84), de manera alguna pone fin al proceso sino que, confesadamente, éste seguirá su curso hasta la sentencia final. El hecho de que la decisión interlocutoria haya sido declarada irrecurrible (fs. 54) no transforma, por

sí mismo, a esa resolución en objeto de un recurso de inconstitucionalidad —o de la queja que lo defiende—, según lo pretende el recurrente (conf. mis votos en “Volkswagen Argentina S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘GCBA c/Volkswagen Argentina S.A. [ex Autolatina S.A.] s/ejecución fiscal’”, expte. n° 2782/04, resolución del 19/5/2004 y en “OSCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Trigo, José Luis y otros c/OSCBA s/queja por apelación denegada, en: ‘Trigo, José Luis y otros c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA]’”, expte. 3352/04, sentencia del 30/3/2005).

De tal manera, si la sentencia que sobre el amparo dicten los jueces de mérito le resulta desfavorable al interés del hoy recurrente, entonces podrán eventualmente cobrar actualidad los argumentos constitucionales que él esgrime en su recurso.

4. Finalmente —unido a lo expresado en el párrafo anterior—, con respecto al agravio referido a la incompetencia del juez de primera instancia, la demandada sostiene que, según el criterio de la Corte Suprema, la resolución recurrida es equiparable a una sentencia definitiva pues ha denegado el fuero federal.

El planteo de incompetencia de la jurisdicción local para intervenir en la causa, es insustancial. En un reciente pronunciamiento (...) la CSJN estableció que la justicia federal de la seguridad social es incompetente para intervenir en un asunto como el presente “en razón de que la falta de adhesión de la OSCBA al Sistema Nacional del Seguro de Salud (...) torna inaplicable lo dispuesto por el art. 38 de la ley 23.661...”. En consecuencia, la decisión de la CSJN dispuso la competencia de los tribunales locales (*in re*: competencia n° 37.XL, “Lotártaro, María Laura c/OSCBA [Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires] y otros s/amparo [art. 14, CCBA]”, sentencia del 29/6/2004, del dictamen del Procurador Fiscal interviniente al que la Corte remite.

La ausencia de este requisito (trascendencia del agravio) no se suple por la invocación de disposiciones constitucionales, ni por la pretendida arbitrariedad del pronunciamiento. Tampoco la referencia a una supuesta gravedad institucional comprometida en el caso puede ser admitida, en atención a la insustancialidad del agravio.

Por las razones expuestas, voto por rechazar el recurso de queja articulado a fs. 102/137 vta.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

La presente queja no rebate de modo adecuado las razones en que la Cámara *a quo* fundó su decisión de denegar el recurso de inconstitucionalidad.

Por ello, y lo dictaminado por el fiscal general adjunto, corresponde rechazar el recurso de queja planteado a fs.102/137 vta.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Adhiero al voto de la señora jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz, en cuanto decide el rechazo de la queja interpuesta por la OSCBA.

2. La parte recurrente sostiene que la sentencia dictada por la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, con fecha 3/5/2004, le genera un agravio irreparable de carácter constitucional y que el mismo se circunscribe a que “la sentencia aludida importa una denegatoria de la competencia federal para entender en estas actuaciones, apartando el proceso del juez natural de la causa, e importa además, en definitiva una violación a los requisitos de admisibilidad de la acción de amparo establecidos en el art. 14 de la CCBA y ley 16.986, apartando la causa del debido proceso en orden la integración de la litis, el derecho de defensa de esta parte y el principio de igualdad ante la ley, máxime cuando lo decidido convalida la denegación de la citación de terceros y litisconsorcio peticionado por nuestra representada” (*sic* —fs. 120).

3. El cuestionamiento de las providencias que dispusieron correr traslado de la acción de amparo, no puede prosperar. En primer lugar, cabe mencionar que, tal como lo señala en su voto la señora jueza de trámite (a cuyos desarrollos sobre el punto me remito), el recurso de inconstitucionalidad no fue interpuesto tempestivamente ni ante el “tribunal superior de la causa” a que se refiere el art. 27 de la ley 402.

4. Por lo demás, el recurso de inconstitucionalidad no se dirige contra una sentencia que pueda considerarse definitiva o equiparable a tal. La providencia del señor juez de primera instancia que la recurrente cuestiona simplemente ordena correr traslado de la acción de amparo al GCBA e integrar la litis con la aludida obra social a la que, en consecuencia, también se le corre traslado de la acción (v. constancia de fs. 84).

En lo que se refiere a la violación de los términos del art. 14 de la CCBA y de la ley 16.986, la quejosa no proporciona argumentos suficientes para acreditar el perjuicio irreparable que la sustanciación de la presente acción le ocasiona, dado que sólo pone de resalto posibles deficiencias de la demanda que podrán ser tenidas en consideración a la hora de dictar sentencia en el *sub iudice*.

5. En otro orden de ideas, los agravios formulados por la OSCBA, referidos al planteo de incompetencia de la jurisdicción local rechazado por las instancias de mérito, conducen al estudio de una cuestión *insus-*

tancial. En un reciente pronunciamiento dictado en un juicio en el que intervino la propia recurrente, la CSJN ha establecido que la justicia federal de la seguridad social es incompetente para intervenir en un asunto como el presente “en razón de que la falta de adhesión de la OSBA al Sistema Nacional del Seguro de Salud (...) torna inaplicable lo dispuesto por el art. 38 de la ley 23.661...”. En consecuencia, la decisión de la CSJN dispuso la competencia de los tribunales locales (*in re*: competencia n° 37.XL. “Lotártaro, María Laura c/OSCBA [Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires] y otros s/amparo [art. 14, CCBA], sentencia del 29/6/2004, del dictamen del Procurador Fiscal interviniente al que la Corte remite). Este tribunal ya ha tenido oportunidad de expedirse sobre el tema en varios procesos con notas análogas y ha decidido su rechazo por remisión expresa al ya mencionado pronunciamiento de la CSJN (conf. “OSCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Brizuela, Nilda Haydée c/OSCBA (Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires) y otros s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 3541/04, resolución del 20/4/2005, entre otros).

La ausencia de estos requisitos (sentencia definitiva y trascendencia del agravio) no se suple por la invocación de disposiciones constitucionales, ni por la pretendida arbitrariedad del pronunciamiento (en igual sentido, para el recurso extraordinario, CSJN, *Fallos*, 302:890; 305:1929; 306:223, 224, 250; 307:1799; 308: 1202, entre muchos otros).

6. Por último, la conducta de los abogados que representan y patrocinan a la OSCBA, consistente en presentar un recurso de inconstitucionalidad y luego una queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, para cuestionar la providencia que da traslado de la demanda de amparo resulta, frente al claro texto de los arts. 14 y 113, inc. 3° de la CCBA, manifiestamente dilatoria y reñida contra las más elementales pautas de prudencia profesional. Tengo en cuenta, además, que es un deber inherente al ejercicio de la abogacía utilizar las reglas de derecho para la solución de todo conflicto, fundamentado en los principios de lealtad, probidad y buena fe. Por ello, estimo necesario destacar que la actuación en este juicio de los abogados de la OSCBA, una “obra social” que, en definitiva, tiene como finalidad específica satisfacer un interés público, al brindar cobertura en servicios de salud y conexos a todos los agentes adheridos y sus grupos familiares, podrá ser ponderada al momento de dictarse la sentencia definitiva y/o puesta en conocimiento del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (conf. arts. 10, inc. a) y 22, inc. e), Código de Ética del CPACF, arts. 27, incs. 5.d y 6°, 39 y 145, inc. 9°, CCAYT y art. 6°, inc. e), ley 23.187).

Por las consideraciones expuestas, corresponde rechazar la queja interpuesta por la OSCBA.

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero a la solución propuesta por la jueza Alicia E. C. Ruiz en su voto, con las precisiones efectuadas por el juez José O. Casás.

Por ello, oído el fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Rechazar* la queja planteada por la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires.

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

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

LIV

“RIEZNİK, PABLO HÉCTOR
C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)”

**AMPARO: Rechazo *in limine*. Revocatoria de mandato.
Jefe de Gobierno. Recolección de firmas.
Participación del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires**

Expte. nº 3992/05 - 1º/6/2005

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

En este expediente se solicita “se resuelva la inconstitucionalidad de la acción administrativa en favor de la recolección de firmas para el lla-

mado referéndum o plebiscito por parte del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, y en consecuencia, el cese de toda acción gubernamental destinada a promover la colecta de firmas”, y se requiere una medida cautelar.

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

El planteo es idéntico al propuesto en el expte. n° 3931/05 “Ramal, Marcelo Armando c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)” resuelto por el tribunal el 27/4/2005, al punto que no se ha agregado algún nuevo elemento que amerite revisar los fundamentos vertidos por el tribunal al momento de decidir aquel proceso. Por tal razón corresponde remitirse a los motivos explicados en esa oportunidad —a cuyo efecto se incorporará copia certificada de la resolución dictada, que se tendrá como parte integrante de ésta—, lo que significa, por los mismos fundamentos allí exhibidos, aceptar la competencia y rechazar *in limine* la acción de amparo intentada.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Adhiero al voto del juez Julio B. J. Maier.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El tribunal resulta competente para conocer en el presente proceso en virtud de las atribuciones que le confiere el art. 113, inc. 6°, de la CCBA.

2. La parte actora interpone una acción de amparo judicial “a efectos de que se resuelva la inconstitucionalidad de la acción administrativa a favor de la recolección de firmas para el llamado referéndum o plebiscito de revocatoria por parte del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y, en consecuencia, el cese de toda acción gubernamental destinada a promover la colecta de firmas” (fs. 1).

Como sustento de su pretensión, el amparista expresa que las acciones citadas restringen y lesionan sus derechos constitucionales en forma ilegal y arbitraria, al haberse adulterado los institutos del referéndum, la “consulta popular” y de la “revocatoria del mandatos” que se encuentran regulados a nivel constitucional en los arts. 65, 66 y 67 de la CCBA.

El presentante considera que existe una acción estatal que, en forma actual, violenta de manera ilegal y arbitraria sus derechos políticos. Se argumenta que el aparato estatal, al participar del procedimiento de recolección de firmas necesario para permitir la convocatoria a referéndum revocatorio, estaría utilizando para su propio beneficio (y entonces desna-

turalizando) una herramienta de la democracia semidirecta incluida en la Constitución local reconocida como un derecho en cabeza exclusivamente del *electorado*.

3. Ya me he pronunciado en planteos análogos al presente en la causa “Martínez, María del Carmen c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)”, expte. n° 3948/05, sentencia del 12/05/2005 —y sus acumulados—.

Allí aclaré que era la primera oportunidad que se me presentaba para abordar una cuestión semejante, toda vez que me encontraba en uso de licencia al fallarse por el tribunal la causa “Ramal, Marcelo Armando c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)”, expte n° 3931/05, sentencia del 27/4/2005. Ello así, sin perjuicio de haber abordado planteos que presentan algún punto de contacto con los que aquí se ventilan, al articularse por vía de acción de nulidad el cuestionamiento del proceso prerreferéndum. Ello ocurrió en la causa: “Altamira, Jorge y otros s/recurso de nulidad”, expte. n° 3846/05, sentencia del 25/2/2005, si bien lo allí cuestionado era la actitud del señor jefe de Gobierno, mientras que ahora se reprocha la acción del conjunto de la Administración pública local.

Ahora bien, *in re*: “Bergensfeld, Sergio Fabián y otros s/pedido de revocatoria de mandatos”, expte. n° 3764/2005 e *in re*: “Rodríguez Vallejos, Gabriel s/pedido de revocatoria de mandatos”, expte. n° 3767/2005, sentencia del 9/2/2005, sostuve que “(e)n la terminología del art. 67 de la CCBA, es ‘el electorado’ el sujeto legitimado desde el punto de vista procesal para requerir la revocación del mandato de los funcionarios electivos”.

El objeto de este amparo, por su parte, conduce a resolver una cuestión que se encuentra íntimamente conectada con la que fue objeto de consideración en las causas indicadas en el párrafo anterior, esto es, si iniciado ya el procedimiento de revocatoria de mandato por parte legitimada, a la luz de las directrices contenidas en la Constitución local, la maquinaria de la Administración local puede tener participación activa en él mediante una colaboración decidida, aplicando desvelos y recursos humanos.

4. Así, por los fundamentos expuestos, estimo que la amparista propone una cuestión que, por su relevancia institucional, exige ser ponderada con extrema prudencia a la hora de ser resuelta y que desaconseja decidir su actual rechazo *in limine*. Considero, pues, que si el presentante es parte del electorado de la Ciudad se encuentra legitimado para interponer la presente acción. Luego, es mi parecer que, en el caso, el amparista presenta una cuestión que se exhibe, *prima facie*, mínimamente fundada para

incitar la competencia de este estrado, más allá de que le asista razón o no en su pretensión de fondo.

Además de lo consignado precedentemente —que permite comprobar la precisión del planteo y los fundamentos constitucionales en que se respalda—, el amparista *aporta y propone prueba* orientada a demostrar la participación de las autoridades de la Ciudad en el trámite de recolección de firmas que recién deberá ser valorada una vez sustanciado el proceso. Es menester tener en cuenta que, justamente, la amparista argumenta que la acción del aparato estatal en el trámite de revocatoria de mandato podría disuadir de participar a quienes se consideren como únicos y verdaderos legitimados para ello, esto es, aquellos que cuestionan la gestión del señor jefe de Gobierno.

Debe advertirse también que junto con la fluidez de los actos que conforman el *iter* o proceso previo de habilitación para llevar a cabo un “referéndum revocatorio”, la decisión recaída *in re*: “Altamira” ya citado, tuvo como antecedente inmediato la petición de que “se declaren nulos todos los actos llevados a cabo en relación al llamado referéndum de revocatoria o consulta de revocatoria del jefe de Gobierno dispuestos por el Excmo. Tribunal, ordenándose asimismo la suspensión de toda acción tendiente” a llevarlo a cabo, lo que difiere con el objeto procesal del presente amparo que pretende, en cambio, se resuelva la inconstitucionalidad de la *acción administrativa* a favor de la recolección de firmas ...y en consecuencia, el cese de toda acción gubernamental destinada a promover la colecta de firmas (fs. 1).

Es por ello que las consideraciones vertidas en dicha causa no son, necesariamente, atinentes para desbaratar esta articulación; ya en mérito a la diversidad de las vías procesales utilizadas, ya como consecuencia de la disparidad de pretensiones que se han incoado en uno y otro caso. Valga añadir que en aquélla oportunidad se señaló por el tribunal que no había impedimento en que el jefe de Gobierno tendiera a facilitar o estimular la realización del referéndum, mientras que aquí se aduce que la actuación del apuntado mandatario ha convertido el llenado de planillas en la principal “actividad de Gobierno”, junto con la “participación abierta y pública de toda la estructura política del Gobierno de la Ciudad en la tarea” de recolección de firmas.

No está de más añadir aquí los conceptos vertidos, a fines del siglo XIX, por el juez Virgilio M. Tedin, con relación al más Alto Estrado Federal —transpolables a esta superior instancia de la Ciudad—, cuando remarcara: “las resoluciones de la Corte Suprema sólo deciden el caso concreto sometido a su fallo y no obligan legalmente sino en él, en lo

que consiste particularmente la diferencia entre la función legislativa y la judicial”; agregando, la posibilidad de apartarse de esas decisiones —de suyo también por los jueces de las instancias inferiores—, ello en razón de que “ningún tribunal es infalible y no faltan precedentes de que aquellos han vuelto contra resoluciones anteriores en casos análogos” (*Fallos*, 25:364, remisión al consid. 9º de la sentencia del referido magistrado).

Por ello, toda vez que considero que la acción no se exhibe como *manifiestamente inadmisibile* (conf. art. 3º, ley 16.986), corresponde requerir el informe previsto en el art. 8º de la ley citada, previa constatación por Secretaría del carácter de elector local del amparista [conf. mi voto en la causa “Martínez, María del Carmen c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)”, expte. nº 3948/05, sentencia del 12/5/2005 —y sus acumulados—, antes citada].

Debido al resultado de la votación a que se arriba en el acuerdo, desfavorable a mis argumentos, resulta innecesario expedirme sobre la medida cautelar solicitada en autos.

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero al voto del juez Julio B. Maier

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Adhiero al voto del juez Julio B. Maier.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Aceptar* la competencia y rechazar *in limine* la acción de amparo introducida.

2º. *Agregar*, como parte integrante de esta sentencia, copia certificada por Secretaría de la dictada con fecha 27/4/2005 en el expte. nº 3931/05, “Ramal, Marcelo Armando c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)”.

3º. *Mandar* se registre, se notifique con copia de la resolución anterior, aquí incluida, y se archive.

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

LV

“FEDERACIÓN DE CÁMARAS DE LAVADEROS DE ROPA C/GCBA S/ACCIÓN MERAMENTE DECLARATIVA (ART. 277, CCAYT)”

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD:

Admisibilidad. Norma de alcance general. Invocación genérica de garantías constitucionales. Caso constitucional. Control concentrado y abstracto de constitucionalidad. Conflicto internormativo. Medida cautelar

Expte. nº 3937/05 - 15/6/2005

VISTO:

El expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. Los abogados Eduardo Norberto Andrés y Liliana Alejandra Romero, apoderados de la Federación de Cámaras de Lavaderos de Ropa, Limpierías y Afines de la República Argentina, se presentan ante el Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario nº 10 y promueven —en los términos del art. “277 del CCAYT”— “acción declarativa de inconstitucionalidad” del dec. 30/GCBA/03 y de las resoluciones nº 154-SS/03 y 505-SS/2003, dictados por el Gobierno de la Ciudad (fs. 1/6 vta.).

Expresan que las normas mencionadas afectan “principios y derechos fundamentales amparados por la Constitución Nacional, tales como los de legalidad, de seguridad, razonabilidad e igualdad y los derechos de propiedad, derecho a la salud, derecho a un ambiente sano y aquellos debidamente adquiridos”, en la medida que dejan parcialmente sin efecto la “barrera sanitaria” establecida por el dec. 1706/01 para el procesamiento de ropa contaminada proveniente de los centros asistenciales de salud.

Asimismo requieren una medida cautelar, ofrecen prueba y plantean caso federal.

2. A fs. 115 el magistrado de primera instancia, concordando con el dictamen fiscal de fs. 113/114, se declara incompetente por entender que se demanda el control abstracto de normas de alcance general, y remite la causa a este Tribunal.

3. A fs. 131/133 el señor fiscal general opina que el tribunal es competente porque a su juicio —más allá de la referencia al art. 277 del

CCAyT— la actora pretende plantear la acción prevista en el art. 113, inc. 2º, CCBA.

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. La actora —en su calidad de persona jurídica— se encuentra legitimada a tenor de lo establecido por el art. 18, inc. 2º, ley 402, y con la documentación de fs. 116/117 puede tenerse por acreditada su decisión de instar esta acción declarativa de inconstitucionalidad.

2. La demanda presenta defectos insalvables en los términos del art. 19, inc. 2º, ley 402, que obstan a su admisión.

En múltiples ocasiones este Tribunal ha explicado que las impugnaciones que se realizan por la vía de la acción prevista en el art. 113, inc. 2º de la CCBA deben cumplir ciertos requisitos básicos. Concretamente, el accionante debe: *a)* identificar de manera precisa la norma de alcance general que se considera inválida; *b)* mencionar el precepto constitucional presuntamente afectado por la vigencia de la norma que se objeta; y *c)* explicar claramente la conexión entre las normas de alcance general objeto de tacha y las cláusulas constitucionales invocadas y las razones en las que sustenta la tacha de inconstitucionalidad (doctrina del fallo dictado *in re* “Massalin Particulares S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 31/99, resolución del 5/5/1999, en *CyJ, Fallos TSJBA*, I-1999, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 56, y “Alegre Pavimentos SACICAFI c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 366/00, resolución del 16/8/2000, entre otros).

La acción *sub examine* no cumple ninguno de los recaudos señalados.

En primer lugar, la descalificación *in totum* de las normas cuestionadas (el dec. 30/GCBA/03 y las resoluciones 154/SS/03 y 505/SS/03) no cumple con la carga de indicar concretamente cuáles son los preceptos de alcance general incluidos en ellas que los actores pretenden que el tribunal invalide. De tal forma, se deja en manos del tribunal la formulación misma de la pretensión que él debería acoger o rechazar, lo que no puede ser admitido (conf. doctrina del tribunal en las causas “Villegas, Héctor c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 1254/01, resolución del 15/11/2001, en *CyJ, Fallos TSJBA*, III-2001, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, p. 620 y “Oliveto, Noemí Flavia y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 2660/03, sentencia del 11/2/2004, entre otros).

En efecto, sólo hay un cuestionamiento global al decreto y resoluciones mencionadas sin precisar de manera específica cuáles de las disposiciones contenidas en cada uno de sus articulados resultan contrarias a las normas constitucionales que alude y por qué razones.

Como ejemplo de la absoluta imprecisión que domina el escrito de inicio, se puede destacar que el dec. 30-GCBA/03 dispone diferentes medidas que, sin embargo, parecen objetarse desde una misma plataforma argumental, ciertamente genérica.

Basta advertir que su art. 1º faculta a la Secretaría de Salud para suspender, de acuerdo con las características de cada caso, y respecto a los terceros que presten servicio en el ámbito del sistema de atención de salud dependiente de dicha Secretaría, la obligatoriedad de los puntos 2.3, 2.5, 2.9, 3.2, 3.3, 4.2, y 4.3 de la “Reglamentación de la actividad de Lavaderos Industriales de Ropa y su Transporte”, aprobada por dec. 1706-GCBA/01. Por otro lado, en el art. 2º se autoriza a la Secretaría de Salud a suspender el cumplimiento de los puntos de la “Reglamentación de la actividad de Lavaderos Industriales de Ropa y su Transporte”, citados en el art. 1º del presente Decreto, en los Hospitales dependientes de la Secretaría de Salud que cuenten con instalaciones propias para la prestación del servicio de lavado y planchado de ropa hospitalaria. Asimismo, en el art. 3º del decreto se instruye a la Comisión Técnica creada al efecto, a finalizar, en el menor lapso posible, el proceso de revisión de la “Reglamentación de la actividad de Lavaderos Industriales de Ropa y su Transporte”, aprobada por dec. 1706-GCBA/01.

En el decreto objetado, así, se regulan diversos aspectos relacionados con la actividad de lavaderos industriales de ropa y el servicio de lavado y planchado de ropa hospitalaria, todo ello mediante la instrumentación de variadas medidas. Sin embargo, la accionante no se hace cargo de explicar la razón concreta por la que impugna cada una de estas disposiciones. En definitiva, la simple lectura de la demanda permite aseverar que su contenido está tratado con escasa o ninguna precisión, de manera tal que no logra articularse un caso constitucional.

Este tribunal ha sostenido que, con el fin de preparar su decisión, las partes, en especial el actor en su demanda de inconstitucionalidad conforme al art. 113, inc. 2º de la CCBA, deben desarrollar seria y específicamente sus argumentos y mencionar las reglas constitucionales en juego de manera puntual, de modo tal que se permita someter la regla infraconstitucional al control del tribunal respecto de otra norma superior en rango que la demanda debe identificar. Tal exigencia proviene también de la necesidad de que el Estado pueda contestar esa demanda en la defensa eventual de la regla infraconstitucional que el actor pretende anular

(del voto del juez Julio B. J. Maier en “Cátedra, Ricardo y otro c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 3570/04, sentencia del 2/3/2005).

La demanda interpuesta se limita a señalar, de manera genérica, que hay “vulnera[ci]ón, restri[cc]ión y lesi[ón] [de] derechos y garantías establecidos en la C.N. y CCBA” (fs. 5, punto h); o que se “viol[an] ... principios y derechos fundamentales amparados por la Constitución Nacional, tales como los de legalidad, de seguridad, razonabilidad e igualdad y los derechos de propiedad, derecho a la salud, derecho a un ambiente sano y aquellos debidamente adquiridos” (fs. 1 vta., punto 3, párr. 2°); o a que hay arbitrariedad, vulneración de derechos constitucionales adquiridos o afectación de “su derecho a competir en condiciones de igualdad en la contrataciones (*sic*) que el GCBA realice” (fs. 4 vta.); sin que resulte explícito de manera clara y precisa cuál es la relación directa que existe entre las normas infraconstitucionales que impugna de manera genérica y los principios constitucionales que son invocados.

Ello resulta tanto más evidente en procesos peculiares como éste de control concentrado de constitucionalidad y competencia originaria del tribunal, porque no se trata de que sean los jueces, sino la actora, la que proponga el conflicto internormativo traído a decisión y las razones que habilitan su presentación.

En conclusión, la accionante no satisface adecuadamente la carga de aportar los fundamentos que motivan su pretensión, no precisa debidamente las normas que intenta atacar y, por ende, no las vincula de manera directa con los principios, derechos o garantías de rango constitucional que entiende vulnerados. En consecuencia debe declararse inadmisibles la demanda.

Desestimar la presente acción no significa, claro está, que la actora no pueda insistir, a partir de un planteo que se ajuste a los recaudos procesales pertinentes, en mantener las tachas de inconstitucionalidad que detalla, ya mediante la vía del control difuso ante los tribunales de mérito, ya ante este estrado, por la vía del control concentrado de constitucionalidad (art. 113, inc. 2°, CCBA) y con observancia de las exigencias contenidas en la ley 402.

3. La forma en la que se resuelve el planteo principal torna innecesario considerar la medida cautelar también requerida, sin perjuicio de recordar que, conforme a reiterada jurisprudencia del tribunal, las medidas de esta naturaleza no son procedentes en el marco de la acción declarativa de inconstitucionalidad (conf. “Doy, Miguel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 52/99, resolución del 16/6/1999, en *CyJ, Fallos TSJBA*, I-1999, Ad-Hoc, Bue-

nos Aires, 2001, 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, en *CyJ, Fallos TSJBA*, III-2001, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, p. 27; “Villegas, Héctor c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 1276/01, resolución del 28/11/2001, en *CyJ, Fallos TSJBA*, III-2001, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, p. 738; y “Unión Transitoria de Agentes S.A. y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 1.268/01, resolución del 28/11/2001, en *CyJ, Fallos TSJBA*, III-2001, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, p. 734, entre muchos otros).

4. Por todo lo expuesto, corresponde declarar inadmisibile, tal como ha sido formulada, la acción declarativa de inconstitucionalidad.

Así lo voto.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Me adhiero al voto del señor juez de trámite con la salvedad de que no pretendo con él referirme a un hecho futuro por factible que él sea.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. La acción declarativa de certeza, regulada por el art. 277 del CCayT, y la acción abstracta de inconstitucionalidad prevista en la CCBA (art. 113, inc. 2°) representan cauces procesales diversos con aptitud para albergar pretensiones diferentes que se excluyen entre sí, esto es, que uno no puede albergar la pretensión propia del otro y viceversa. Los requisitos de admisibilidad para tramitar cada una de ellas también son diferentes y responden a objetivos distintos propios de los sistemas a los que pertenecen; control difuso (concreto) y concentrado (abstracto) respectivamente.

La acción de certeza, tal como indica el enjundioso dictamen del Procurador Eduardo H. Marquardt en “Hidronor S.A c/Prov. de Neuquén s/acción declarativa” (*Fallos*, 307:1387), se inicia “sobre la base de un *interés sustancial* concreto y definido (...)”, tiene un “efecto limitado a una declaración válida únicamente *inter partes*” y “constituye *causa*” (sin destacar en el original), ella puede referirse “tanto a relaciones jurídicas de derecho privado como a las de derecho público”. La admisibilidad formal de la acción requiere que exista un estado de incertidumbre sobre el alcance, la existencia o modalidad de una relación jurídica, habiéndose producido la totalidad de los presupuestos de hecho en que se apoya la declaración acerca de la existencia o inexistencia del derecho discutido (controversia actual); la falta de certeza debe tener virtualidad para producir un perjuicio o lesión, aunque ella no se haya producido aún (legiti-

mación y tutela preventiva) y no debe existir otro medio legal para poner término inmediatamente a la situación invocada (*Fallos*, 310:143 entre otros). La pretensión declarativa de certeza puede incluir la denuncia de inconstitucionalidad de las normas que provocan la incertidumbre y los efectos dañosos en ciernes que el actor quiere evitar.

Por su parte, la acción abstracta del art. 113, inc. 2º de la CCBA tiene por único objeto impugnar la validez constitucional de normas de carácter general emanadas de las autoridades locales por resultar contrarias a la constitución de la Ciudad y/o de la Nación, sin otro efecto que su derogación *erga omnes* en caso de que la sentencia haga lugar a la demanda. El control abstracto de inconstitucionalidad no es apto para producir un pronunciamiento judicial acerca de situaciones jurídicas particulares, tampoco permite impugnar actos concretos de aplicación ni admite acumular a la pretensión declarativa de inconstitucionalidad ninguna otra, sea ella de condena o constitutiva. Por regla, también excluye la protección cautelar vinculada con situaciones subjetivas individuales.

En el contexto reseñado, conviene señalar que la introducción de un planteo accesorio o incidental de inconstitucionalidad formulado en el marco de un proceso del sistema difuso no transforma la causa en la acción declarativa de inconstitucionalidad prevista en el art. 113, inc. 2º de la CCBA cuyo exclusivo objeto es confrontar la validez constitucional de una norma dada en abstracto.

2. La demanda de fs. 1/6 indica que “en virtud de lo establecido por el art. 277 del CCAyT de la Ciudad de Buenos Aires” los actores promueven “acción declarativa de inconstitucionalidad del dec. 30-GCBA/03 (...) y las resols. 505-SS/03”. Allí relatan que mediante dec. 1706-GCBA/01 el ejecutivo local reglamentó la actividad de lavaderos industriales de ropa y su transporte. A su turno, agregan, la Secretaría de Salud conformó los pliegos de bases y condiciones para la licitación del servicio de lavado, planchado, provisión, esterilización y transporte de ropa infectocontagiosa a la reglamentación mencionada. Luego, la normativa impugnada estableció que “los Lavaderos Industriales de ropa que presten servicios a los hospitales dependientes de la Secretaría de Salud del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no deberán dar cumplimiento al dec. 1706/01”. Del desarrollo de los fundamentos que componen la pieza se infiere sin esfuerzos que, según la Cámara de Lavaderos de Ropa, la normativa impugnada concreta una excepción ilegítima al régimen general aplicable, establecido por el dec. 1706/01 que reglamenta la ordenanza n° 39025. También cuestionan la amplitud de facultades delegadas en la Secretaría de Salud, sin límite temporal ni bases de actuación.

Señalan que “Las Industrias que se especializan en el proceso de ropa sanitaria, se ven afectadas en su derecho a competir en condiciones de igualdad en las contrataciones que el GCBA realice, toda vez que quedarán expuestas a la competencia de otros oferentes que no tienen la necesidad de incluir en sus precios las amortizaciones de las importantes inversiones realizadas, en cumplimiento de la normativa que el mismo GCBA dictó” postulan que las normas impugnadas generan “un retroceso sumamente peligroso para la salud de la población y, pone en evidente posición de desigualdad a las empresas que adecuaron sus estructuras a las normas, respecto de las que no lo hicieron, generando de esta manera una competencia desleal y, ahora podrían participar en las contrataciones que realice la Secretaría de Salud del GCBA”, además, vulneran “principios fundamentales de la licitación pública, la publicidad de los actos de gobierno y su transparencia”. La parte actora agrega que el comportamiento del GCBA en el tema “no tiene en cuenta la salud de la población, el medio ambiente y al sector empresario que efectuó inversiones, generando un desconcierto en el sector y creando un grado de incertidumbre indefinido”. Finalmente, en lo que ahora importa, solicitan el dictado de una medida cautelar para suspender los efectos del decreto impugnado en relación con actos “presente[s] o futuro[s] que el Gobierno (...) pretenda ejecutar (...), por ejemplo, llamado a licitación y/o contratación”.

3. Los argumentos reseñados en el párrafo precedente brindan razones suficientes y atendibles para pensar que la pretensión de inconstitucionalidad que alberga la demanda estaría acumulada o es tributaria de otra de naturaleza determinativa. Si ello fuera así, los efectos de una eventual sentencia de este Tribunal, dictada en ejercicio de la jurisdicción originaria y exclusiva prevista por el art. 113, inc. 2º, carecerían de eficacia para despejar la incertidumbre de la parte actora relativa a la vigencia plena del dec. 1706/01 para el servicio de lavandería de los hospitales dependientes del GCBA cuyo presupuesto sería la invalidez del dec. 30/03 y de las resoluciones impugnadas.

La zona de penumbra en la que se ubica la demanda sumada a la particular exigencia de fundamentación propia de las ADI, según jurisprudencia de este estrado, impiden asumir de manera automática que la demanda instrumenta una ADI para pasar a analizar directamente su admisibilidad como si lo fuera. Por ello, en razón del derrotero impreso a la demanda, resulta justificado en autos otorgar un plazo de cinco días para que el demandante defina los términos de la pretensión articulada a fs. 1/6 y, en su caso, identifique cuáles son las cláusulas constitucionales que se oponen a la validez de la normativa impugnada. La solución propuesta

permitiría encausar la demanda dentro de los carriles procesales idóneos para obtener una sentencia eficaz.

En definitiva, si se tratara de una acción declarativa de inconstitucionalidad desligada de actos de aplicación de las normas impugnadas (v. gr. licitaciones o contrataciones invocadas en la demanda) la atención del tribunal para pronunciarse sobre la admisibilidad formal del juicio quedará focalizada en las objeciones constitucionales que especifique la accionante. En tal sentido “[E]s requisito esencial del trámite preliminar de admisibilidad de la acción declarativa de inconstitucionalidad que quien la inicie precise con claridad cuáles son las normas de carácter general sobre las que solicita el control de constitucionalidad, y cuáles los preceptos y principios constitucionales con los que las primeras entran en colisión. También es ineludible que explique de manera clara y pormenorizada las razones en las que sustenta la tacha de inconstitucionalidad.” (TSJBA, causa SAO 31/99, “Massalin Particulares S.A. c/Gob. Ciudad de Buenos Aires s/Acción declarativa de inconstitucionalidad”, resolución del 5/5/1999). La exigencia de fundamentar la demanda deba ser observada con plena intensidad en la ADI, una intensidad mayor que en el examen de un recurso pues en éstos debate el titular del derecho puesto en juego en la causa —y ello asegura que la crítica a la norma general quede a cargo de quien presumiblemente será un vigoroso contradictor— mientras que la ADI puede ser promovida por cualquiera que decida obrar en el interés de la ley. Consecuentemente, nada asegura que lo sea por un contradictor que, acicateado por sus urgencias, obre con vigor en el rol de impugnante. Pero el vigor del ataque es vital para que un debate, organizado con formato judicial, rinda sus mejores frutos o, mejor aún, no arroje resultados no queridos. Cuando la certeza del vigor del debate no puede ser presumida por la circunstancia de que el impugnante sea directamente afectado, la seriedad del cuestionamiento solo puede ser establecida mediante el examen que el propio tribunal haga de los agravios (u objeciones constitucionales invocadas). Visto desde otra perspectiva, quien promueve una ADI obra, en primer término, en interés de la ley; eventualmente puede pertenecer al universo de potenciales afectados. Cuando la presentación que no muestra ser un cuestionamiento suficientemente vigoroso es rechazada, lo único que ocurre es que la posibilidad de instar la ADI quede a disposición de un posible mejor promotor de aquel interés colectivo. Por las razones dadas, el tribunal puede declarar, en el marco de una ADI, inadmisibles planteos que, aunque podrían ser suficientes para llevarlo, en un recurso de inconstitucionalidad, a pronunciarse acerca de una cuestión de esa especie, llevarán a un inexorable rechazo sobre bases obvias o que constituyen casi un lugar común entre los juristas. Ello, a su vez, justifica que, en oportunidad de expedirse acerca de la ausencia de

fundamentos de una ADI, los jueces, hagan explícitas razones de fondo evidentes o ampliamente compartidas que serían suficientes para desestimar la acción y de las cuales la demanda no se hace cargo con un mínimo de eficacia, sin quedar por ello inhibido de abordar la cuestión desde la nueva y más rica perspectiva que eventualmente podría brindar una ADI futura (conf. mi voto *in re* “Fedecámaras c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 3725/2004, resolución del 16/3/2005). Bajo estas premisas corresponde a la parte actora cuestionar a la luz de la constitución los fundamentos y consecuencias del dec. 30/03 y de las resoluciones impugnadas, extremo que pudo exceder las previsiones tenidas en cuenta al iniciar la demanda en los términos del art. 277 del CCAyT así como al aceptar la remisión a este estrado.

En síntesis, mediante este mecanismo se posibilita que la actora, a quien privativamente incumbe formular sus pretensiones, establezca si es su voluntad litigar a fin de que se declare aplicable a quienes contraten con el estado el dec. 1706/01 (art. 277, CCAyT) o bien que se derogue el dec. 30/03 (art. 113, inc. 2°, CCBA) u otra alternativa que pudiera preferir el accionante más allá de las que permite inferir su escrito inicial. Lo dicho no implica adelantar juicio alguno sobre la admisibilidad de los planteos formulados o pendientes, menos aún respecto de aquellos que como la acción declarativa de certeza exceden la competencia originaria de este Tribunal. La solución elegida, en definitiva, cumple con el deber, impuesto a los jueces, de “[S]eñalar, antes de dar trámite a cualquier petición, los defectos u omisiones de que adolezca ordenando que se subsanen dentro del plazo que fije (...)” (conf. art. 27, inc. 5-b del CCAyT aplicable supletoriamente por disposición del art. 2°, L.P.T.). Además, ella brinda protección efectiva al derecho de defensa del accionante para el caso de que la declinatoria dispuesta por el juez previniente coincida con su pretensión, en tanto le permite adecuar su demanda a las exigencias propias del cauce procesal impuesto al litigio. Esto último, frente a la ausencia de disposiciones procesales que regulen las cuestiones de competencia, y obliguen a aplicar de un modo razonable las del CPCCN, vigentes en la ciudad por defecto (CCBA, cláusula transitoria 1ª, inc. 4° y art. 5°, ley 24.588). Precisamente frente a la regla que manda al juez, luego de declarar su incompetencia, remitir las actuaciones al tribunal que estima competente cuando pertenece a la misma jurisdicción, es razonable, una vez encauzado el trámite y ante la eventualidad de que el accionante acepte la nueva radicación, otorgarle la posibilidad de adecuar la demanda. De lo contrario, el intento de aprovechar los esfuerzos ya invertidos se diluye, se restringe el derecho a reformular la acción que, de todos modos, podría plantearse nuevamente respetando las exigencias del marco procesal aplicable.

Por las razones dadas propongo intimar a la parte actora para que en el término de cinco días defina la pretensión articulada en autos y, en su caso, adecue la demanda a las exigencias propias de la ADI.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Entiendo que la demanda no puede prosperar. Quienes accionan no logran articular un caso constitucional apto para habilitar la competencia establecida en el art. 113, inc. 2º de la CCBA ya que no cumplen adecuadamente lo prescripto por el inc. 2º del art. 19 de la ley 402. Este último exige por un lado la mención precisa de las normas que el accionante estima contrarias a la C.N. o a la CCBA; y por otro el desarrollo de los fundamentos que motivan la pretensión.

Tal como ya ha sostenido el tribunal desde sus primeros pronunciamientos “es un requisito esencial del trámite preliminar de admisibilidad de la acción declarativa de constitucionalidad que quien la inicia (...) explique de manera clara y pormenorizada las razones en las que sustenta la tacha de inconstitucionalidad” (*in re* “Massalin Particulares S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 31/99, resolución del 5/5/1999, en *CyJ, Fallos TSJBA*, t. 1, p. 59).

Asimismo el tribunal ha indicado que para evaluar la admisibilidad de la acción declarativa de inconstitucionalidad debe especificarse cuál es la relación directa que existe entre las normas que son impugnadas y los principios constitucionales que son invocados (*in re* “Alegre Pavimentos SACICAFI c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 366/00, resolución del 20/6/2000).

La demanda interpuesta se limita a señalar, de manera genérica, que el dec.30/GCBA/03 y las resoluciones n° 154-SS/03 y 505-SS/03 vulnerarían, restringirían y lesionarían “derechos y garantías establecidos en la Constitución de la Nación y CCBA” (fs. 5).

Ahora bien, cuando los derechos o garantías supuestamente afectados pueden afectar múltiples situaciones, y ser entendidos en muy diversos sentidos y con alcances disímiles, quien acciona debe establecer con meridiana claridad cual es la relación que establece entre los preceptos constitucionales que menciona y las normas infraconstitucionales que denuncia. Tanto más en procesos peculiares, con control abstracto de inconstitucionalidad y competencia originaria del tribunal, porque no se trata de que sean los jueces quienes definan los límites de la lesión si la hubiera, o lo que es aún más grave, el tipo de agravio de que se trata.

2. Los accionantes no satisfacen entonces adecuadamente la carga de aportar los fundamentos que motivan su pretensión, ni vinculan de

manera directa las normas que intenta atacar, con los principios, derechos o garantías de rango constitucional que entienden vulnerados. En consecuencia, voto por declarar *inadmisible* la demanda.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero al voto del juez José O. Casás.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Declarar* inadmisibile la acción declarativa de inconstitucionalidad planteada a fs. 1/6 vta.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y archive.

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

LVI

“USABLE, HÉCTOR Y OTROS C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSOS DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDOS”

**RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Amparo.
Optometría. Matrícula profesional. Reglamentación.
Inconstitucionalidad por omisión. Normas operativas
y programáticas. Derecho de trabajar y ejercer industria
lícita. Derecho de propiedad. Derecho a la salud. Salud pública**

Expte. nº 3540/04 - 22/6/2005

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

I. La Sala I de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario concedió parcialmente los recursos de inconstitucionalidad interpuestos

—por el Consejo Argentino de Oftalmología (fs. 199/218), tercero presentado en autos, y por la demandada Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (fs. 253/266 vta.)— contra la sentencia que, revocando el fallo de primera instancia, dispuso hacer lugar a la acción de amparo entablada, y ordenó a la accionada que “regule el ejercicio de la profesión de Optómetra” (fs. 114/117).

2. El Consejo Argentino de Oftalmología controvertió la interpretación hecha por el *a quo* respecto de las siguientes normas: arts. 14, 17, 31 y 42 de la C.N.; art. 20 de la CCBA; leyes nacionales 24.195 y 24.521; y alegó una supuesta arbitrariedad fáctica y axiológica de la sentencia atacada. La Cámara declaró admisible el primer planteo e inadmisibles el segundo.

El GCBA, por su parte, sostuvo que no se verificaban en el caso los requisitos de procedencia del amparo, discutió el alcance e interpretación del art. 22 de la CCBA, señaló la inexistencia de una obligación jurídica incumplida y de un derecho conculcado, y entendió, por otra parte, que tales cuestiones revisten gravedad o interés institucional. La Cámara consideró inadmisibles el último de los agravios expuestos y concedió el recurso con relación a los demás argumentos.

3. El fiscal general de la Ciudad consideró que correspondía: 1) declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo Argentino de Oftalmología y 2) hacer lugar al recurso planteado por el Gobierno de la Ciudad y, en consecuencia, revocar el fallo dictado por la Cámara de Apelaciones, rechazando la acción de amparo interpuesta.

4. Con posterioridad a la emisión de dicho dictamen se dictó la ley 1445, cuyo texto obra a fs. 385, y respecto de la cual, en relación con el debate sostenido en estos obrados, se expidieron la parte actora (fs. 386), la parte demandada (fs. 431/434 vta.) y el fiscal general (fs. 439).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

I. Los efectos de la ley 1445 sobre el objeto de este proceso:

Con carácter previo a toda otra consideración, resulta necesario establecer si, como lo sostuvo el señor fiscal general en su dictamen de fs. 439, la sanción de la ley 1445 —y su futura reglamentación por el Poder Ejecutivo—, conllevan la realización del contenido del mandato judicial de la Cámara, por lo que la cuestión debatida se habría tornado abstracta. La importancia de la cuestión estriba en que, de ser exacto lo expuesto, sería inoficioso dictar una sentencia con relación a los recursos de inconstitucionalidad planteados en autos.

Los actores iniciaron esta acción de amparo con la finalidad de tutelar su derecho a trabajar, que sería vulnerado por la omisión del Gobierno de la Ciudad en la “...regulación, expedición y control de las matrículas relativas a la profesión de optometría... que impide a los profesionales optómetras el ejercicio de su profesión” [párr. 2º del apart. II del escrito de inicio]. Al revocar el pronunciamiento por el que el magistrado de primera instancia rechazó la acción, la Cámara ordenó al Gobierno de la Ciudad que, “...en cumplimiento de los deberes previstos en el art. 22 de la CCBA y art. 12, inc. i) de la Ley de Salud de la Ciudad (153), regule el ejercicio de la profesión de Optometría...” [pto. II].

De la lectura del texto de la ley 1445 surge que ella no regula lo atinente al ejercicio profesional de los optómetras, sino que atiende sólo a su formación y a las condiciones para la obtención del título habilitante [art. 4º], pues se limita a crear la carrera de Optometría en el ámbito del área de Educación Superior dependiente de la Secretaría de Educación de la Ciudad de Buenos Aires. De hecho, el único artículo de la norma que se refería a las incumbencias profesionales, el 2º, fue objeto del veto parcial dispuesto por el señor jefe de Gobierno, por dec. 1804/04, y aceptado por la Legislatura en la sesión ordinaria del 2/12/2004 [fs. 400/430]. No obstante, tampoco el dispositivo vetado podía ser considerado la regulación de la actividad que los actores exigen, pues ello requiere más que la determinación de incumbencias profesionales —v. gr. la organización de la matrícula profesional, solicitada por los accionantes.

Por lo expuesto, la reglamentación a la que se alude en el art. 5º de la ley no podría satisfacer la pretensión enunciada por los actores en esta causa; circunstancia que determina que no sea posible compartir la conclusión a la que arribara el señor fiscal general en su dictamen de fs. 439, en cuanto a que la cuestión debatida devino abstracta. Corresponde, entonces, tratar los planteos recursivos.

II. Los recursos de inconstitucionalidad interpuestos:

Soslayada la cuestión relativa a los efectos de la ley 1445 sobre el debate desarrollado en este proceso, corresponde evaluar la procedencia de los recursos parcialmente admitidos por la Cámara.

1) Recurso interpuesto por el Gobierno de la Ciudad:

La demandada plantea tanto que no hay violación a los derechos de los actores —porque estos no necesitan de la sanción de una norma para ejercer su profesión— como que, ante la inexistencia de una obligación legal que imponga el dictado de una norma, ella no puede ser ordenada por sentencia judicial. La Cámara, por el contrario, sostuvo que si se ha-

bía otorgado a los accionantes el título de optómetras, tenían derecho a que se arbitraran las medidas necesarias para que pudieran ejercer tal profesión y que, por ello, la Ciudad debía producir la regulación requerida, por imperio de lo establecido en los arts. 22 de la C.N. y 12, inc. i) de la ley 153, que atribuyen a la autoridad de aplicación la regulación y control del ejercicio de las profesiones relacionadas con la salud.

Entre sus planteos la demandada introduce un argumento fuerte, como es el relativo a la inexistencia de una norma que le imponga la sanción de la regulación. El mayor peso de este fundamento radica en que, como se ha sostenido, para declarar la inconstitucionalidad omisiva por falta de sanción de una norma el juez debe verificar: *a)* que exista un mandato normativo expreso (de la Constitución, de un tratado internacional o de una ley) que, luego de declarar la norma “programática”, requiera de complementación “operativa”; *b)* que se configure la omisión del cumplimiento de tal obligación, por parte del legislador o funcionario competente de cualquiera de los órganos públicos; y *c)* que la omisión produzca la vulneración de un derecho o garantía [BAZÁN, Víctor: “Un sendero que merece ser transitado: el control de la inconstitucionalidad omisiva”, en BAZÁN, Víctor (coord.): *Desafíos del control de constitucionalidad*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, p. 221]. El sentido de estos recaudos se encuentra en la necesidad de establecer pautas objetivas que limiten el accionar del Poder Judicial frente al ámbito de actuación discrecional del Legislativo; pues, a falta de previsión expresa, no corresponde que sean los jueces quienes fijen la agenda de trabajo de ese poder.

No corresponde, como lo intentara la demandada, aplicar a la valoración de la cuestión que nos ocupa la norma contenida en el art. 1074 del Cód. Civil, propia de otro plano de análisis, como es el relativo a la responsabilidad por actos ilícitos configurados por conductas omisivas. Una cosa es la responsabilidad civil y otra la atribución de incumbencias constitucionales específicas, cuya inobservancia puede afectar los derechos e intereses de terceros y de la sociedad.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, que ya en 1887 se pronunció por el deber del Estado de proteger la salud pública [*Fallos*, 31:273], ha hecho lugar a amparos por omisiones en el cumplimiento de prestaciones sanitarias [*Fallos*, 323:1339 y 3229; 324:3569 y 3846, entre otros], de cuya satisfacción responsabilizó al Estado nacional, por aplicación de los tratados internacionales que integran nuestro bloque de constitucionalidad federal. En esos casos no tuvo en consideración omisiones legislativas.

En el caso no se verifica la existencia de un mandato normativo expreso que imponga el dictado de la regulación pretendida por los actores, pues no cabe establecer que éste se encuentre determinado por las disposi-

ciones de los arts. 22 y 46 de la CCBA, que exigen la regulación de las cuestiones vinculadas con los servicios de salud, en especial con lo atinente al ejercicio de las profesiones, ni por el art. 12, inc. i) de la ley 153, que impone a la autoridad de aplicación la regulación y control del ejercicio de las profesiones relacionadas con la salud, pues la generalidad de estas normas no satisface el criterio riguroso de aplicación que debe emplearse cuando se transita el límite funcional establecido por el sistema de división de poderes, cuyo delicado equilibrio de frenos y contrapesos exige la mayor prudencia por parte de los jueces.

En razón de lo expuesto, no se verifica en el caso la omisión inconstitucional invocada por la actora, por lo que corresponde revocar la sentencia apelada y rechazar el amparo intentado.

2) Recurso planteado por el tercero Consejo Argentino de Oftalmología:

Si bien lo decidido en el apartado precedente autorizaría a soslayar la consideración de los agravios vertidos por esta parte, considero pertinente destacar que la representación del Consejo Argentino de Oftalmología —tercero presentado en autos— introduce en su escrito una serie de argumentos y de referencias normativas que no fueron propuestas a la consideración de la Cámara —v. gr. evaluación de diversas normas federales, como la Ley de Ministerios; la Ley Federal de Educación; la Ley de Educación Superior, etc.—, lo que obsta a su ponderación en estos estrados. Por lo demás, dado el carácter de norma local de la ley nacional 17.132, y su decreto reglamentario, el planteo relativo a la interpretación de sus alcances se despliega en el plano infraconstitucional, por lo que no resulta idóneo para sustentar un recurso de la naturaleza del planteado, como bien lo sostiene el señor fiscal en su dictamen de fs. 374/379.

3) En mérito a lo expuesto en los apartados precedentes, voto porque:

- 1) se haga lugar el recurso planteado por la demandada Ciudad de Buenos Aires;
- 2) se declare mal concedido el articulado por el tercero Consejo Argentino de Oftalmología y, en consecuencia,
- 3) se revoque la sentencia apelada, rechazando la acción de amparo, con costas por su orden (art. 14, CCBA).

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. La primera cuestión que debo considerar se refiere a si, como lo sostiene el señor fiscal general en su dictamen (fs. 439), la sanción de la ley 1445, y su futura reglamentación por el Poder Ejecutivo, ordenada por

el art. 5º, significa la concreción del mandato judicial de la Cámara, en cuyo caso correspondería dejar sin efecto la sentencia de fs. 114/117 y declarar abstracta la cuestión debatida en autos. En ese caso, al carecer los actores de gravamen actual, resultaría inoficioso el tratamiento del recurso (conf. *Fallos*, 298:33; 301:947; y 306:1125).

No considero que la cuestión haya devenido abstracta, por dos razones. En primer término, el plazo fijado para su reglamentación (ciento ochenta días, art. 5º) está holgadamente vencido —no lo estaba cuando el señor fiscal presentó su dictamen, el 1/4/2005—. En segundo término, un examen sobre el fondo de la cuestión revela que esta ley no implica la satisfacción de la pretensión de los actores: la norma no hace más que disponer la creación de la carrera de optometría en el ámbito fijado en su art. 1º, enunciar los requisitos para cursarla, asignar a la Secretaría de Educación la formulación de los contenidos curriculares y las condiciones de obtención del título habilitante y mandar su reglamentación por el Poder Ejecutivo local en el plazo indicado.

A partir de la acción de amparo incoada, especialmente de la medida cautelar que requiriera la actora (fs. 14 vta./15 vta.), se infiere que ella se considera titular de un derecho a la reglamentación de la *profesión* de optómetra en el ámbito de la CABA y, con mayor especificidad, de un derecho a que la carrera se reglamente *de determinada manera*, esto es, una que reconozca la potestad de los optómetras para la medición de la graduación visual y la confección de lentes, sin que sea menester que el paciente concurra a consulta provisto de una receta médica (fs. 13 vta.). Por consiguiente, asiste razón a mi colega, la señora jueza de trámite al decidir, desde un análisis que hace al fondo de la situación, que la sanción de la ley local 1.455 no determina el rechazo de esta acción judicial por abstracta, puesto que la norma nombrada no se corresponde con —ni por lo tanto podría satisfacer— la pretensión enunciada por los actores en esta causa (punto I del voto mencionado).

Este temperamento es compartido por el señor fiscal, quien propone, a fs. 377 vta. de su dictamen del 25/11/2004, una reformulación sumamente perceptiva de la pretensión de la actora (inadvertida para la Cámara y hasta para la accionada, según parece): “La manera de entender el fallo a la que voy a referirme supone que el título obtenido por los actores al cabo del curso de especialización en optometría *los capacita para ‘algo más’* [énfasis suplementado] que para realizar la tarea que les corresponde como técnicos en óptica y que, restringir sus competencias a esto último, constituye un incumplimiento del art. 22 de la CCBA y la violación de un derecho adquirido” (art. 17, C.N.).

2. En consecuencia, es necesario evaluar la procedencia de los planteos recursivos interpuestos por el GCBA y el CAO, parcialmente admitidos por la Cámara. Comenzaré por analizar el planteo recursivo del Gobierno de la Ciudad.

La parte actora fundó su acción de amparo en el derecho a trabajar, que resulta vulnerado —se alega— por la omisión del GCBA en disponer “la regulación, expedición y control de las matrículas relativas a la profesión de optometría... que impide a los profesionales optómetras el ejercicio de su profesión” (escrito de inicio, apart. II, fs. 1 vta.). Por su parte, la Sala I de la Cámara, al revocar el pronunciamiento por el que el magistrado de primera instancia rechazó el amparo, acogió la pretensión de los actores, en el sentido de que su interés en la reglamentación de la profesión de optómetra “no constituye una mera expectativa, sino un derecho subjetivo” y, al fundar su decisión, manifestó que “... el incumplimiento de la obligación antes descripta —es decir, la regulación de la optometría como ciencia auxiliar de la medicina— configura una *conducta omisiva ilegítima* que lesiona una situación jurídicamente protegida” (fs. 116, énfasis suplementado). Agregan los camaristas que la obligación mencionada está prevista de modo expreso por la CCBA, art. 22, el que dispone que: “La Ciudad ejerce su función indelegable de autoridad sanitaria. Regula, habilita, fiscaliza y controla ... el ejercicio de las profesiones y la acreditación de los servicios de salud y cualquier otro aspecto que tenga incidencia en ella ...”. En consecuencia, la Cámara dirigió un mandato al GCBA para que “... en cumplimiento de los deberes previstos en el art. 22 de la CCBA y art. 12, inc. i) de la Ley de Salud de la Ciudad (153), [sancionada el 25/2/1999], regule el ejercicio de la profesión de Optometría...” (fs. 117). En concordancia con aquello establecido por el art. 22 de la CCBA, el art. 12, inc. i) de la ley de salud dispone que será función de la autoridad de aplicación la regulación y el control del ejercicio de las profesiones relacionadas con la salud, cuya práctica corresponde, de acuerdo con el dec. 2055/01, a la Dirección General de Regulación y Fiscalización. En el pronunciamiento de Cámara, los magistrados concluyen que “la Ciudad tiene la obligación de reglamentar la materia”, a saber, la alzada hace suyo el planteo de la parte actora en lo que respecta a su derecho subjetivo, o “interés cierto, exclusivo y actual” a la regulación de su profesión (fs. 116/116 vta.). Por su parte, como correctamente lo advierte la señora jueza de trámite en el consid. II. 1 de su voto, la demandada introduce entre sus planteos “un argumento fuerte” (argumento que, en rigor, se erige en el núcleo de su contestación), cual es el atinente a la inexistencia de una norma que le imponga la sanción de la regulación requerida, por lo cual no se verifica en el caso la existencia de un mandato normativo expreso que le imponga dictar la regulación que se pretende.

3. La cuestión planteada no es menor: ésta impone, por parte del tribunal, una decisión en punto a la aplicación al caso de la doctrina de la *inconstitucionalidad por omisión*. Como es sabido, quienes la aceptan parten, tradicionalmente, del binomio ‘normas operativas’ (o autosuficientes, o autoaplicativas) y ‘normas programáticas’: las primeras son aquellas que, por su contenido sustantivo y su formulación, garantizan su aplicabilidad inmediata y directa, sin necesidad de reglamentación por otra norma. El contenido sustantivo de las segundas es, en cambio, un programa de acción, y su formulación denota el carácter diferido de su aplicabilidad y funcionamiento plenos, que requieren una disposición reglamentaria ulterior. En este contexto, las normas programáticas constituyen directivas para los órganos de poder, con la consecuencia de que el incumplimiento del plazo establecido para reglamentarlas (en el caso de que lo especifiquen) o la demora indefinida en hacerlo (en el caso de que no lo establezcan) consuman la inconstitucionalidad por omisión legislativa y ella permite a los magistrados, al declararla, mandar su aplicación inmediata por el órgano contumaz, especialmente cuando las normas programáticas son, como se aduce en el caso, declarativas de derechos. Antes de proseguir, quisiera dejar en claro que la clasificación expuesta, con sus efectos, no parecer ser, sin embargo, exhaustiva, pues no sólo las reglas llamadas “operativas” pueden contener tanto mandatos, como prohibiciones y facultades, sino que, especialmente, las llamadas programáticas, pueden contener meras facultades de ejercicio abierto o, si se quiere, con tamaño discrecionalidad que no configuran, en verdad, un mandato de hacer. Por lo demás, las llamadas “operativas” soportan también el ejercicio de la facultad reglamentaria, al menos en algún caso, aunque no sea estrictamente necesario ese ejercicio. Se debe reconocer también, según lo dicho, que, como sucede en varias ocasiones, el límite entre unas y otras, si existe, resulta discutible: se asemeja más a una franja que a una línea de puntos.

Va de suyo que, como lo señala con el carácter de “una aclaración de especial relevancia” el pronunciamiento de la Cámara (punto X, fs. 116 vta.), ante la omisión antijurídica comprobada, no corresponde que se especifique el contenido de la reglamentación respectiva por vía jurisdiccional, sino que simplemente se ordene disponer las medidas necesarias para que cese la conducta pasiva de la Administración. “De esta forma, la decisión que se adopte en el caso no implica indicar a la Administración que, al subsanar su conducta omisiva, deba regular en determinado sentido la profesión de optómetra, sino que, simplemente, se dirige a ordenar a la autoridad respectiva que cumpla con la obligación prevista en las reglas arriba citadas (art. 22, CCBA y arts. 12, inc. i) y 41, ley 153 [el segundo

de los cuales establece que la autoridad de aplicación ejerce la regulación y fiscalización de los subsectores de la seguridad social y privado, del ejercicio de las profesiones relacionadas con la salud, de la acreditación de los servicios, de lo atinente a medicamentos, alimentos, tecnología sanitaria, salud ambiental y todo otro aspecto que incida sobre la salud]), sin perjuicio de que la vigencia de esa reglamentación queda sujeta a lo que eventualmente resuelva el magistrado actuante sobre la legitimidad de la resol. 158/SED/98, en los autos ‘CEPEC c/GCBA s/impugnación de acto administrativo’” (punto XII, fs. 16 vta.).

La mirada del señor fiscal general, como lo anticipé en el primer consid. de mi voto, es más aguda: él también advierte, y lo manifiesta inequívocamente, que la manera más directa de entender la pretensión de los amparistas es su idea de que, debido al título obtenido tras el curso de especialización en optometría, ellos están capacitados para *algo más* que para realizar la tarea que les corresponde como técnicos en óptica; por ello entienden que ceñir sus competencias a esto último, constituye un incumplimiento del art. 22 de la CCBA y la violación de un derecho adquirido.

4. Corresponde descartar, en primer término, los argumentos que un importante sector de la doctrina ha desarrollado, con fuerza creciente en los últimos años, en procura de avanzar la tesis según la cual, en rigor, no existe, o no tiene relevancia práctica alguna, la figura de la inconstitucionalidad por omisión y que, en todo caso, ésta no es más que un “constructo teórico”, que debe ser ubicado o reconducido como una especie de *inconstitucionalidad impropia* (conf. PÉREZ ROYO ARAGÓN, Manuel (coord.): “Inconstitucionalidad por omisión”, *Temas básicos de derecho constitucional*, t. I, Civitas, Madrid, pp. 66-68). Algunos constitucionalistas estiman que la categoría es, derechamente, “una falacia”, en la inteligencia de que una eventual sentencia que declare una norma no desarrollada como violación por omisión, afecta la discrecionalidad del legislador en lo que respecta específicamente a la conveniencia y oportunidad de dictar o no la ley reglamentaria. Igual parecer comparte Alfonso da Silva, quien sugiere que la “omisión inconstitucional” encubre siempre una cuestión política que no puede ser encarada jurisdiccionalmente (*Aplicabilidade das normas constitucionais*, Revista dos Tribunais, San Pablo, 1982, pp. 118 y ss.).

Al relevar las tesis de quienes niegan la inconstitucionalidad por omisión, el intérprete confronta, ineludiblemente, argumentos cuyos presupuestos pueden distinguirse del modo siguiente: *I)* no existe en los textos (excepción hecha de casos como la Constitución de Portugal), en forma expresa o tácita, la previsión de esta figura; *II)* es preciso ceñirse

estrictamente a la estructura de las normas constitucionales, posición conforme a la cual las normas programáticas de una Constitución no son simplemente exigibles, a menos que se dicte una *ley de desarrollo constitucional*; III) la “libertad de conformación” del legislador, que alude al campo de maniobra del Parlamento para definir el programa constitucional en el sentido de que, nuevamente, el legislador goza de una amplia libertad de configuración normativa para traducir en reglas de derecho, opciones políticas siempre plurales; IV) la división de poderes, referida, desde luego, al supuesto “peligro” de quebrantar el equilibrio de la triarquía clásica de los órganos del Estado a través de esta figura; V) el carácter negativo de la jurisdicción constitucional, esto es, que un magistrado (como lo ha sostenido múltiplemente este Tribunal), no puede erigirse en legislador positivo, en tanto la figura de la omisión antijurídica lo ubica riesgosamente en los bordes de ese papel indebido; y finalmente —sin pretender extender o asignar un carácter exhaustivo a esta enunciación de argumentos—, se alega que, VI) contra el instituto analizado, militan factores extrajurídicos que, precisamente, “mandan negar” la existencia de la omisión jurídicamente reprochable, principalmente por factores políticos, económicos, sociológicos, corporativos (un vector que, sí puede afirmarse por fin, guarda una vinculación estrecha con el caso; para un análisis de las posiciones adversas al reconocimiento del valor práctico de la inconstitucionalidad por omisión, es recomendable consultar obras como la de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José J.: *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Civitas, Madrid, 1998, esp. pp. 164 y ss.; BAZÁN, Víctor: “La Constitución y la jurisprudencia contra la inercia legislativa o el principio del fin de las excusas”, en BIDART CAMPOS, Germán, (ed.): *Economía, Constitución y derechos sociales*, Ediar, esp. pp. 139 y ss.; y CORTI, Horacio G.: *Derecho financiero*, Abeledo-Perrot, 2000).

5. Como lo he sugerido, mi posición es favorable al instituto de la inconstitucionalidad por omisión, en la medida en que sean verificados ciertos extremos, como los que establece en su voto la señora jueza de trámite en el caso (conf. punto II.1, párr. 2º). Desde luego, el núcleo de toda la problemática reside en el presupuesto de que exista un deber de legislar por parte del órgano encargado de hacerlo, generalmente a través de un acto parlamentario (ley, decreto legislativo, etc.) e, injustificadamente, la Legislatura no cumpla con tal obligación. Ahora bien, independientemente de la manera en que se apruebe la norma en cuestión, es necesario que concurren otros requisitos indispensables para que, en sentido estricto, se reúnan los elementos constitutivos de la omisión inconstitucional.

Así, toda vez que: *a)* la falta de cumplimiento o desarrollo de la Constitución —de un tratado internacional— (que implican la existencia de un deber previo de actuación) derive de la violación de una norma específica; *b)* dicha norma no sea exigible en sí misma (operativa), sino de naturaleza estrictamente programática; *c)* en las circunstancias concretas de la producción legislativa, falten las medidas necesarias para tornar exigibles y operativas dichas normas; *d)* la inactividad produzca una lesión cierta sobre un derecho o garantía (y al demostrarse la relación causal entre la inactividad y el perjuicio), entonces la omisión inconstitucional se habrá configurado *prima facie*, puesto que, además de los extremos mencionados en *a)* a *d)*, debe verificarse *e)* la inexistencia de un factor cancelatorio del deber de obrar, cual es la imposibilidad (material, técnica o jurídica) de cumplir con el deber jurídico predeterminado (conf. SAGÜÉS, Néstor P.: “Inconstitucionalidad por omisión de los poderes legislativo y ejecutivo. Su control judicial”, en *Ius Et Veritas, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, n° 5, pp. 38 y ss.; BIDART CAMPOS, Germán J.: “La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión”, *ED*, 78-785 y ss.; NINO, Carlos S.: *Ética y derechos humanos*, Paidós, Studio Básica, p. 195; y BAZÁN, Víctor: *La Constitución y la jurisprudencia contra la inercia legislativa o el principio del fin de las excusas*, citado).

Como se apreciará en los considerandos siguientes de mi voto, estimo que, sin la menor intención de subestimar la actuación de las partes, del magistrado de primera instancia y de los camaristas en esta causa, uno de los tres ejes centrales sobre los que versa la presentación respecto de la que debe pronunciarse el tribunal es secundario, en tanto el segundo resulta a todas luces inexistente. Me refiero, precisamente, al argumento según el cual el Gobierno de la Ciudad ha violado, por contumacia u ocio, los derechos y garantías por cuya tutela efectiva accionan los especialistas optómetras.

6. La actora y la Cámara argumentan que la falta de reglamentación de la actividad de optómetra por el GCBA implica una “omisión antijurídica”. Mi respuesta es que tal supuesto fracasa argumentativamente debido a la falta de concurrencia de las circunstancias bajo las cuales, como ya lo he explicitado, puede identificarse tal omisión. Más aún: antes que hablar de “falta de concurrencia”, debería aludir a la ausencia de los dos primeros recaudos insoslayables para juzgar establecida la inconstitucionalidad por omisión. En el caso no existe un deber específico que mande hacer, o ejecutar, la conducta presuntamente omitida (y, así, omitida ilegítimamente) por la demandada. En toda constitución existen ejemplos

típicos de normas programáticas que implican para el Poder Legislativo el deber de reglamentar.

Por oposición a ello, la acaso justificada, pero extrema *generalidad* de aquello dispuesto por el art. 22 de la CCBA y de los arts. 12, inc. i) y 41 de la ley 153, no permite tener por probado ni el primero ni el segundo de aquellos recaudos ineludibles para determinar en el caso la configuración de un supuesto de inactividad jurídicamente reprochable. En efecto, no se advierte aquí la existencia de un deber previo de actuación impuesto por la Constitución, por un tratado internacional, o por una ley (supuesto este último que no integraría la competencia específica del tribunal). Más aún: tampoco se advierte cuál es la norma de naturaleza estrictamente programática cuya falta de reglamentación, por contumacia del legislativo local, suscita el daño puesto de manifiesto por los actores, con lo que resultaría fútil, y hasta absurdo, pretender agotar el análisis de las exigencias restantes (v. gr., el nexo causal entre la omisión y el daño), para considerar que en este caso la omisión alegada no es “antijurídica”. Igual temperamento adopté en mi voto *in re* “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 2490/03, resolución del 9/6/2003, en el que expuse: “La actora no ha logrado... demostrar la existencia de un mandato constitucional expreso que ordene la nominalidad del voto en todo debate parlamentario. (...) Lo que la actora debería demostrar, entonces, no es la mera conveniencia del voto nominativo para lograr el fin constitucionalmente impuesto, *sino su absoluta necesidad* [énfasis en el original]; es decir, la imposibilidad de lograr ese fin por otros medios distintos” (consid. 2, párrs. 2° y 5°).

7. La respuesta de la demandada contiene otras dos partes, la primera de las cuales resulta decisiva en comparación con la segunda que, a mi juicio, se ofrece o articula argumentalmente. El primer argumento de la accionada se orienta a demostrar que no existe conculcación de los derechos de los actores, específicamente los derechos a trabajar y ejercer industria lícita, y el consecuente derecho de propiedad, puesto que aquellos no necesitan de la sanción de una norma para ejercer su profesión. Acepto esta respuesta como plausible, pero ella debe ser especificada de modo de identificar qué se ha pretendido significar, concretamente, en respuesta a la pregunta: ¿por qué no se requiere de la sanción de una norma? ¿Es sólo porque la matriculación no es una condición *sine qua non* para que los actores puedan ejercer su actividad, como parece sostener la demandada, o porque ya existe la normativa reglamentaria reclamada?

Anticipo que mi respuesta suscribe la segunda interpretación. Efectivamente, en la actualidad, mantiene vigencia la ley (Congreso de la Na-

ción) n° 17.132 (sancionada el 24/1/1967), del Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades de Colaboración, así como su dec. regl. 6216/67, los que establecen el marco normativo dentro del cual pueden ejercer su profesión los especialistas optómetras. Merced a esta ley, podemos conocer los límites oportunamente prefijados para dirimir en el caso las incumbencias profesionales de los optómetras, ante quienes —como los actores— creen hallar o identificar un conflicto entre ellas y otras relativas al arte de curar, supuestamente en colisión —aparente o disputada—. Ello significa que *ya* existe un dispositivo legal que permite resolver el cuestionamiento que otro sector profesional podría de otro modo efectuar respecto de los ámbitos de sus potestades y responsabilidades respectivas, esto es, existe el marco normativo que oportunamente recogió las competencias de índole profesional especificadas por los órganos formadores.

En efecto, tres son las determinaciones fundamentales de la ley 17.132 que fijan el marco regulatorio dentro del cual pueden ejercer su profesión auxiliar los especialistas optómetras. Primero, en orden creciente de especificidad, su art. 13 dispone que el ejercicio de la medicina sólo se autorizará a médicos, médicos cirujanos o doctores en medicina, previa obtención de la matrícula correspondiente. Segundo, respecto de las actividades de colaboración de la medicina, entre las que corresponde contar a la optometría como subespecialización de la óptica técnica, la ley establece específicamente que quienes las ejerzan deberán limitar su actuación a la prescripción y/o indicación recibida por el profesional competente, de acuerdo con el art. 13, citado *supra* (art. 47). Tercero, en lo que respecta a los ópticos técnicos como colaboradores de la medicina, el art. 69 dispone: “Los que ejerzan la óptica *podrán actuar únicamente por prescripción médica* [énfasis suplementado], debiendo limitar su actuación a la elaboración y adaptación del medio óptico y, salvo lo que exige la adaptación mecánica del lente de contacto, no podrán realizar acto alguno sobre el órgano de visión del paciente que implique un examen con fines de diagnóstico, prescripción y/o tratamiento”.

No es ocioso recordar aquello establecido por la resol. 535/99 del ex Ministerio de Cultura y Educación de la Nación en su Anexo III (*B.O.*, 25/8/1999), en cuanto determina como actividades profesionales *reservadas exclusivamente al título de médico* “la ejecución, enseñanza o cualquier tipo de acción destinada a: *a)* anunciar, prescribir, indicar o aplicar cualquier procedimiento directo o indirecto de uso diagnóstico o pronóstico; *b)* planear, programar o ejecutar las acciones tendientes a la preservación, tratamiento y recuperación de la salud o a la provisión de cuidados paliativos; *c)* asesorar a nivel público o privado en materia de salud y practicar pericias médicas. Todo ello ya sea sobre individuos o sobre el conjunto de

la población, independientemente de la percepción o no de retribuciones. Quedan excluidas aquellas actividades legisladas para otros profesionales de la salud, no así las concurrentes”. De las normas comentadas se desprende que, en el ámbito de la CABA, disponemos ya de un marco regulatorio que establece claramente las respectivas incumbencias de los profesionales médicos, por un lado, y de sus auxiliares o colaboradores —específicamente en el caso, los ópticos técnicos y aquellos subespecialistas que nos ocupan, los optómetras, por el otro. De este modo, queda descartada cualquier posible “zona de penumbra” respecto de la materia analizada, al resultar prístino que es incumbencia de los profesionales médicos el examen, diagnóstico y prescripción de instrumentos correctores (anteojos o lentes), y del óptico técnico, su confección y comercialización a partir de la prescripción o receta formulada por el profesional médico. El contenido de la regla puede ser tachado por incorrecto o escasamente satisfactorio desde algún punto de vista —y, efectivamente, no satisface la pretensión real de los actores, quienes podrán iniciar cualquier acción política para variar ese contenido—, pero nunca predicarse su inexistencia, desde el punto de vista puramente normativo.

8. En consecuencia, si bien asiste razón a la accionada cuando afirma que “[n]o existe ninguna norma que exija a los profesionales optómetras matricularse para ejercer su profesión [y, por tanto], la inexistencia de dicha matriculación o la regulación que reclaman, en modo alguno les impide ejercer su profesión, [por lo que] tampoco existe la afectación del derecho a trabajar que denuncian” (fs. 258, párr. 2º), este argumento no capta la razón genuina y más contundente por la que corresponde rechazar la pretensión de los optómetras —acogida por el pronunciamiento de la Cámara.

Esto debe resultar claro e inequívoco: aquí no estamos en presencia de una actividad no reglamentada que impide a los subespecialistas dedicados a la optometría el ejercicio de su profesión auxiliar. El argumento del gobierno en cuanto a que nada les impide trabajar *puesto que no es una obligación matricularse* es, en el mejor de los casos, un argumento secundario, y desde una apreciación estrictamente normativa del caso, un argumento que, frente a las determinaciones anteriores, resulta superfluo: la actividad en cuestión y sus correspondientes incumbencias *están ya reglamentadas*.

De este modo, si —como yo lo interpreto—el verdadero argumento que subyace a la pretensión de la actora es que *la reglamentación vigente resulta insatisfactoria*, puesto que les veda la posibilidad de confeccionar y comercializar instrumentos correctores del órgano visual, si un profe-

sional de la medicina no ha dado la indicación para ello y suscripto la receta correspondiente de modo previo, nos ubicamos en un plano que permite reconstruir el argumento de la inconstitucionalidad por omisión —el principal esgrimido por los amparistas, y recogido en el pronunciamiento de Cámara—, en un tema que: *a)* no guarda, en sentido estricto, una relación de clara y probada atinencia con el caso analizado; *b)* no constituye bajo ningún punto de vista un tema incumbente a los alcances de las potestades de este Tribunal, cuyo juicio en la materia no podría sobreimponerse a aquél decidido por el único órgano competente en la materia, cual es el legislativo; y *c)* si la reglamentación es adecuada o inadecuada, suficiente o insuficiente, es una circunstancia que escapa a las rectas posibilidades de examen por parte del TSJ, puesto que la normativa a que aludo se despliega en el plano infraconstitucional y político-legislativo.

De este modo, y aunque, por la manera escogida para fundar sus agravios la parte actora y de acogerlos la Cámara ha sido menester considerar con seriedad ciertos extremos cuya concurrencia imponía analizar la posible configuración de un supuesto de omisión antijurídica en el caso, concluyo que este argumento, aplicado al caso, ha sido utilizado para velar la pretensión genuina de los actores, pero, al resultar ajeno a él, permite fundar la decisión. En ello, básicamente, se sustenta la admisibilidad del recurso de la Ciudad, ante una sentencia que ha usado erróneamente una regla constitucional para imponerle un deber inexistente al Estado, y su triunfo, que provoca la revocación de la decisión del tribunal de mérito.

9. Por lo demás, tampoco podrían los actores sostener consistentemente que el escenario descrito ha sufrido una mutación normativa a partir del dictado de la ley 1445, principalmente por aquello expuesto en el primer considerando de mi voto. No es ocioso reiterar los puntos fundamentales del análisis ensayado:

- a)* no cabe una interpretación de la ley mencionada que haga corresponder sus discretas, más bien magras disposiciones, con la pretensión de los amparistas, cuyo objetivo en el caso no es cancelar la supuesta omisión legislativa en reglamentar *esta* norma, debido al vencimiento ya operado del plazo para hacerlo (imposible sería, por otra parte, reinterpretar del modo señalado su pretensión, en función del carácter ulterior de la sanción de esta ley respecto del momento en que la causa llegó para su decisión por el tribunal);
- b)* la única virtualidad que incorpora la norma citada es la creación de la carrera de optometría, sujeta a las condiciones impuestas

por ella —una de las cuales, por cierto no menor, es el requerimiento de contar previamente con el título de óptico técnico para cursarla, con lo que no se advierte mutación normativa, ni colisión alguna con aquello dispuesto para las actividades de colaboración de la medicina, específicamente la oftalmología, por la ley 17.132, art. 69;

- c) si existía un punto en que la nueva ley tenía virtualidad de generar una intersección que implicara colisión con lo dispuesto por la ley anterior, ése era su art. 2º, que fijaba incumbencias para los optómetras que podían superponerse confusamente con aquellas fijadas por la ley 17.132 y su decreto reglamentario, concretamente, por exceso —una razón adicional para descartar cualquier laguna en la regulación que permitiera tener por acreditada la delicada hipótesis de una omisión inconstitucional.

Sin embargo, el jefe de Gobierno vetó, precisamente, de modo oportuno (dentro de sus potestades y de los plazos para ello establecidos) el art. 2º y la Legislatura local *aceptó* expresamente el veto. Más aún: al fundar la aceptación, la Comisión de Educación, Ciencia y Tecnología de la Legislatura —la misma que había sido autora del proyecto parcialmente vetado—, sostuvo que, a partir del examen de los arts. 47 y 69 de la ley 17.132, se imponía la siguiente conclusión: “Teniendo en cuenta que el art. 2º de la ley 1445 versa sobre la carrera de optometría en la formación de optómetras especialistas en el diagnóstico y tratamiento de desórdenes visuales que se relacionan con errores de refracción del ojo, su ámbito de competencia colisiona con incumbencias propias de la profesión médica. (...) Por lo expuesto, [la Comisión] aconseja la sanción de la siguiente: resol. 558/2004”, por la que se acepta el veto parcial del Poder Ejecutivo del art. 2º de la ley 1445 (art. 1º de la resolución citada).

10. Es conveniente recordar que la optometría, practicada en nuestro país como una *subespecialidad* de la óptica técnica, ha ganado mayor autonomía teórica a partir del 2/11/2004, debido a la jerarquización de sus contenidos curriculares y merced al reconocimiento de su estatus como el de una *carrera*, operados por la ley 1445 (carrera para la cual se exige poseer el título de óptico técnico y/o licenciado en óptica y/u óptico ocular, emitidos por cualquier establecimiento con reconocimiento oficial (art. 3º, ley citada), extremo indicativo de que no se ha dispuesto un cambio en el ámbito de sus potestades profesionales *vis-à-vis* aquello dispuesto por los arts. 13, 47 y 69 de la ley 17.132). Esta mayor autonomía teórica, o como se la quiera analizar, no ha desembocado en una detracción, ni en una expansión, de las incumbencias profesionales de los optómetras, quie-

nes eran y son considerados —como reza la ley 17.132— *colaboradores* de la medicina (matriculados o no matriculados, pues no es éste el objetivo perseguido por los actores, puesto que la matriculación no tiene incidencia alguna en su derecho a trabajar, ni en la fijación de sus competencias), con lo que se mantiene vigente la exigencia de ejercer su actividad respecto de personas que cuenten con prescripción médica antecedente.

Por último, y más allá de las reflexiones adicionales o ulteriores que considere necesario expresar *infra* en punto a la pertinencia en el caso de la vía de amparo intentada por los actores, estimo oportuno anticipar una reflexión respecto de la contestación del GCBA en cuanto a la necesidad de un debate sustantivamente más amplio del tema que el que permite la acción de amparo. Considero, por razones distintas de aquellas expuestas por la demandada, y rechazadas por la Cámara (fs. 115/115 vta.), que el amparo no es un medio judicial idóneo para reclamar las garantías y los derechos que la actora estima conculcados en este caso. Mi anticipación se refiere aquí tan sólo a un aspecto determinante de la admisibilidad o inadmisibilidad del amparo, cual es el referido a la necesidad (o no) de un ámbito procesal y judicial más amplio que posibilite un debate y prueba exhaustivos. Al respecto, mi estudio de la causa me lleva a concluir que las respectivas discusiones parlamentarias (y, antes que ello, las de las respectivas comisiones legislativas que evaluaron los pormenores de la normativa que se plasmó en las leyes nacional 17.132 y local 1445), así como la fundamentación importante con la que precedió su veto del art. 2º, del segundo de esos dispositivos, el señor jefe de Gobierno, son un signo más que claro en cuanto a que la reglamentación actual de la actividad, sobre cuya adecuación sustantiva no le corresponde expedirse a este Tribunal, no fue el producto de una regulación irreflexiva o caprichosa, sino de una ponderación más que meditada no sólo de las incumbencias que correspondía asignar a los profesionales respectivos (médicos oftalmólogos y sus colaboradores —ópticos técnicos y optómetras), sino también, y fundamentalmente, del valor “salud pública” tutelado por los mismos artículos (22 y 46) de la CCBA en los que, paradójicamente, fundan su agravio los actores.

11. Precisamente quiero referirme, en el último considerando en que examino el planteo recursivo del GCBA, al art. 22 de la CCBA. Como es sabido, éste establece que: “La Ciudad ejerce su función indelegable de autoridad sanitaria. Regula, habilita, fiscaliza y controla todo el circuito de producción, comercialización y consumo de productos alimenticios, medicamentos, tecnología médica, el ejercicio de las profesiones y la acreditación de los servicios de salud y cualquier otro aspecto que tenga incidencia en ella. Coordina su actividad con otras jurisdicciones”.

No obstante el hecho de que la Cámara cita recurrentemente el art. 22 de la CCBA a fin de aceptar la construcción de un caso que ampare la pretensión de los actores —precisamente el motivo por el cual resulta correcto admitir la procedencia del recurso—, de lo expuesto en mi voto se desprende que la Ciudad no ha claudicado en “su función indelegable de autoridad sanitaria”, y que tal función, como el derecho a la salud de que gozan los habitantes de esta Ciudad, han sido adecuadamente satisfechos a través de la ley (del Congreso de la Nación, vigente en la Ciudad) 17.132, ya comentada. Un intérprete de esta norma —la Ley del Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades de Colaboración— podrá concluir que la tutela del derecho a la salud ha sido cumplida por ella de manera más o menos adecuada, más o menos satisfactoria. Lo que el intérprete no podrá decir (y yo no me excederé de este mero señalamiento) es que la reglamentación de la actividad pretendida por los optómetras sería tanto o más completa, o tan tuitiva del valor en consideración (la salud pública), como la que asegura el dispositivo de la ley 17.132. Al imponer la segunda más condiciones para el ejercicio de la optometría que la reglamentación pretendida por la parte actora, y al estar en la base de esa mayor amplitud de exigencias la intervención de un profesional con título de médico, se advierte que el valor “salud pública” tutelado —a nivel local por el art. 22 de la CCBA— se asegura de manera inequívocamente —cuando menos— más amplia por la ley múltiplemente citada.

No es ocioso indicar que el art. 7º, de la CCBA, dispone que “El Estado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es sucesor de los derechos y obligaciones de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, y del Estado nacional en las competencias, poderes y atribuciones que se le transfieren por los arts. 129 y concordantes de la Constitución Nacional y de la ley de garantía de los intereses del Estado Federal, como toda otra que se le transfiera en el futuro”. En consonancia con esa cláusula y con los artículos nombrados de la C.N., la ley nacional 25.588 (*de Garantía de los intereses del Estado Nacional en la Ciudad de Buenos Aires*) dispone que “la legislación nacional y municipal vigente en la Ciudad de Buenos Aires a la fecha de entrada en vigencia del Estatuto Organizativo al que se refiere el art. 129 de la C.N., seguirá siendo aplicable, en tanto no sea derogada o modificada por las autoridades nacionales o locales, según corresponda”. De ello resulta la vigencia de la ley nacional 17.132, aquí múltiplemente mencionada, cualquiera que sea la discusión acerca del ámbito de su vigencia (federal o local, pues, al ser dictada, comprendía a la Ciudad de Buenos Aires).

12. Finalmente, en cuanto al recurso de inconstitucionalidad planteado por el Consejo Argentino de Oftalmología (CAO), comparto los argumentos ofrecidos por la señora jueza de trámite, así como la resolución

que se sigue de ellos. Como ella lo indica en el punto II.2 de su voto, el escrito que constituye la presentación del CAO como tercero en autos, exhibe un defecto sustancial que inhibe la intervención del TSJ. En efecto, este órgano introduce referencias normativas y argumentativas que no fueron oportunamente sometidas a la consideración de la Cámara. Por consiguiente, los agravios que esgrime aparecen como una reflexión tardía, y el tema no puede reputarse parte del marco del debate planteado en el recurso de inconstitucionalidad, que deba ser objeto de ponderación en este pronunciamiento (conf. art. 27 de la ley 402 y este Tribunal en las causas “Oniszczyk, Carlos Alberto y Vallejos, Patricia Teresa Itatí s/ley 255 [Federico Lacroze 3531]”, expte. n° 2955, resolución del 24/8/2004, votos de los Sres. jueces Casás, consid. 2.a y Conde, consid. I; “Pattarone, César Marcelo José s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Pattarone, César Marcelo José y Zava, Cristian s/art. 72, Cód. Contrav. —apelación’”, expte. n° 2809/04, resolución del 24/5/2004, especialmente voto del señor juez Casás, punto 1, entre otras decisiones). Por consiguiente, la extemporaneidad del planteo efectuado en el recurso es suficiente para rechazarlo con relación al motivo intentado.

13. En mérito a lo expuesto, voto porque: 1) se declare mal concedido el recurso articulado por el CAO; 2) se haga lugar al recurso interpuesto por la Procuración General de la Ciudad y concedido por la Cámara, y, en su virtud, se revoque la sentencia recurrida y se rechace la acción de amparo (en aplicación de la autorización concedida por el art. 31, párr. II, de la ley 402), con costas por el orden causado (art. 14, CCBA).

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Recursos de inconstitucionalidad. Anticipo que en mi opinión, el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Consejo Argentino de Oftalmología (fs. 199/215) fue mal concedido. En cambio, es procedente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad (fs. 199/215).

II. Recurso de inconstitucionalidad del Consejo Argentino de Oftalmología

Respecto de este recurso comparto los argumentos de la señora Jueza de trámite (punto II.2) y los del juez Julio B. J. Maier (punto 12) de sus respectivos votos y la solución propuesta.

III. Recurso de inconstitucionalidad del Gobierno de la Ciudad

1. El Gobierno deduce contra la sentencia los siguientes agravios:

- a) que interpreta y aplica incorrectamente el art. 22 de la CCBA, cuando impone al Gobierno la obligación de regular la profesión de optometría, sin fundamento normativo;

- b) que admite la acción de amparo pese a que el caso no reúne los requisitos de procedencia del art. 14 de la CCBA: no hay omisión antijurídica que afecte el derecho constitucional a trabajar; y
- c) que la decisión incide sobre cuestiones que revisten interés o gravedad institucional.

La Sala I de la CCaYT admitió parcialmente el recurso, sólo en cuanto a “la interpretación de los arts. 14 y 22, CCBA, cuyos desarrollos se encuentran íntimamente ligados en el escrito examinado” (fs. 355, vta.).

2. Trataré inicialmente el agravio respecto de la inadmisibilidad de la vía intentada.

Es oportuno recordar que los optómetras, que interpusieron la acción de amparo, sostienen que es obligación del Estado local regular la carrera y su matriculación (art. 22, CCBA y ley 153), y en consecuencia, imputan al Gobierno haber omitido la regulación, expedición y control de las matrículas relativas a la profesión de optometría.

Afirman, además, que esta omisión afecta en forma ilegítima su derecho a trabajar y les impide el ejercicio de su profesión (arts. 14 y 14 bis, C.N.; arts. 11 y 43, CCBA).

El juez de primera instancia rechazó la pretensión (fs. 82/87). Entendió, en lo que aquí interesa, que el amparo no era la vía adecuada; que no había omisión estatal como requiere el art. 14 de la CCBA, por la ausencia de norma que regule el ejercicio de la optometría y, en consecuencia, que exija la habilitación y/o matriculación como requisito necesario para el ejercicio de dicha profesión, y que del art. 22, CCBA no puede derivarse la obligación de regular la carrera de optómetra.

La Sala I de la CCaYT (fs. 114/117) revocó la sentencia, declaró la admisibilidad del amparo y dispuso: “ordenar al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que, en cumplimiento de los deberes previstos en el art. 22 de la CCBA y art. 12, inc. i) de la Ley de Salud de la Ciudad (nº 153), regule el ejercicio de la profesión de Optometría”. Sostuvo, además, que la prueba de autos era suficiente para determinar si había o no omisión arbitraria estatal que impidiera a los actores ejercer algún derecho constitucional.

Contra esta decisión el Gobierno de la Ciudad interpuso recurso de inconstitucional.

3. El art. 14 de la CCBA, al regular la acción de amparo en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, establece: “Toda persona puede ejercer acción expedita, rápida y gratuita de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente, lesione, restrin-

ja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes de la Nación, la presente Constitución, las leyes dictadas en su consecuencia y los tratados interjurisdiccionales en los que la Ciudad sea parte”.

4. La posición asumida por los actores, respecto de la existencia de una omisión estatal, presupone que ellos han cursado una carrera y que la Ciudad no ha regulado la habilitación y/o matriculación respectiva cuando debía hacerlo. Ahora bien, una omisión es siempre el incumplimiento de una obligación de hacer que el derecho impone al Gobierno. Para determinar si en el caso, ese presupuesto está satisfecho empezaré por recordar las normas vinculadas a la actividad de los optómetras, en orden cronológico.

- a) El 4/6/1992, el ex Consejo de Educación Técnica —dependiente del Ministerio de Cultura y Educación de la Nación— a través de la resol. 143/92 aprobó con carácter experimental los Planes y Programas de Estudio correspondientes al Ciclo Superior de Óptica y el Curso de Especialización en Optometría (art. 1º); y los implementó a la partir del ciclo lectivo de 1993 en todos los establecimientos educativos en los que se dictara el Ciclo Superior de Óptica (art. 2º). En la segunda parte de su Anexo, dicha resolución contiene el plan de estudios del Curso de Especialización en Optometría, que podía ser cursado por Ópticos recibidos.
- b) El 2/10/1992, el Ministerio de Cultura y Educación, a través de la resol. 2583/95, autorizó al CEPEC (Instituto Centro Especializado para la Enseñanza de las Ciencias y de las Artes) a aplicar los planes de estudio del Curso de Especialización en Optometría.
- c) Sin embargo, diez días mas tarde, el 14/10/1992, el mismo organismo dicta la resol. 414/92, por la cual se ordena la suspensión de la resol. 143/92 (art. 1º) por entender que resultaba necesario realizar una nueva revisión de los Planes y Programas de Estudio. Esto ocurre a consecuencia de una presentación efectuada por el CAO (Consejo Argentino de Oftalmología).
- d) Por otra parte, la Dirección General de Educación de Gestión Privada de la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, mediante disposición 424/95, aprobó modificaciones al Plan Experimental de Optometría requeridas por el CEPEC y autorizó su aplicación a partir del ciclo lectivo 1995, en virtud de la transferencia de servicios educativos operada por ley 24.049.
- e) El 16/2/1998, el Secretario de Educación del GCBA, a través de la resol. 158/98, dejó sin efecto (art. 1º) en el ámbito de la juris-

dicción de la Secretaría de Educación del Gobierno de la Ciudad, la resol. 143/92 del ex Consejo de Educación Técnica y la Disposición 424/95 de la Dirección General de Educación de Gestión Privada (art. 2º). Además, instruyó a la mencionada Dirección General para que adecuara y redenominara los Planes de Estudios y Títulos ya cursados, de modo tal que no invadan las incumbencias establecidas por la ley 17.132 (art. 4º).

- f) Por su lado, el Ministerio de Cultura y Educación de la Nación, por resol. 133/98 (del 27/1/1999), declaró nula de nulidad absoluta e insanable la resol. 2583/92, por no ser auténticas las fotocopias de la resol. 143/92, que sirvió de antecedente para fundar aquélla, y ante la manifestación del Consejo de Educación Técnica que nunca había sido aprobado un Curso de Especialización en Optometría (véase fs. 166/167 del Anexo III del expediente administrativo n° 22.358/92 del Ministerio de Cultura y Educación de la Nación). Y dejó sin efecto la resol. 143/92.

Hasta aquí, la reseña refiere a hechos y actuaciones ocurridas con antelación a la interposición de la demanda. A continuación, me referiré a las normas dictadas después de la sentencia de Cámara por la relevancia que tienen y por la coherencia que guardan con la conducta que la Ciudad adoptara, en la materia, desde febrero de 1998.

El 2/9/2004, la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires sancionó la ley 1445, que crea la Carrera de Optometría en el ámbito del Área de Educación Superior de la Secretaría de Educación del Gobierno de la Ciudad (art. 1º). Dispone que la Secretaría de Educación tendrá a su cargo la formulación de los contenidos curriculares y las condiciones atinentes al título habilitante (art. 3º). Y otorga, al Poder Ejecutivo, la reglamentación de la norma dentro del plazo de 180 días.

El dec.1804/04 del Poder Ejecutivo vetó el art. 2º de la ley, que decía: “La carrera de Optometría tendrá como objetivo la formación de Optómetras especialistas en el diagnóstico y tratamiento de desórdenes visuales que versen sobre errores de refracción del ojo, utilizando para ello los principios de la física y la óptica inherentes a esa ciencia”.

Conforme los fundamentos del decreto: “El Consejo Mundial de Optometría ha definido a la optometría como una profesión independiente del cuidado primario de la salud, que abarca la prevención y remedio de los desórdenes del sistema visual por intermedio del examen, diagnóstico y tratamiento de desórdenes visuales y el reconocimiento o diagnóstico relacionados con la salud visual o sus manifestaciones sistémicas. Por lo tanto la optometría incluye la mensura de errores de refracción, el reconocimiento y derivación de sintomatología anormal que requiera atención

médica o profesional, para corregir, remediar o aliviar errores de refracción, adaptación y provisión de ayudas diseñadas.

Un optómetra es un profesional primario de la salud que se ocupa del sistema visual funcionalmente inadecuado. Un optómetra es educado y entrenado en la fisiología del ojo normal y anormal, la fisiología de la visión, el proceso perceptual y su relación con las actividades funcionales del aprendizaje, empleo y recreación. Un optómetra es educado y matriculado para determinar el estado de la salud y evaluación funcional de la acomodación refractiva, motor oculosensorial y componentes preceptuales del sistema visual. Un optómetra reconoce, trata y prescribe por condiciones, requiriendo ortóptica, terapia o entrenamiento visual, procedimientos preventivos y correctivos como ayudas ópticas para la corrección de anomalías visuales”.

Formuladas estas precisiones, el Poder Ejecutivo local considera que las competencias que el art. 2º de la ley reconocía a los optómetras colisionan con las incumbencias reguladas por la ley 17.132 y su decreto reglamentario; y que por esa circunstancia y tal como fuera concebida en la ley 1445 la carrera de optometría, podría afectarse la salud de la población al permitir a los optómetras prácticas que no logren identificar a tiempo patologías que excedan los desórdenes visuales limitados a errores de refracción del ojo.

Por un lado, las consideraciones y referencias de este apartado demuestran que, en el ámbito de la Ciudad y hasta la sanción de la Ley 1445, no hubo una Carrera de Optometría sino, simplemente, un Curso de Especialización autorizado con carácter experimental. Por otro, que la delimitación de las atribuciones que corresponden a los optómetras estuvo y está prevista en la ley 17.132, cuya vigencia y validez no fue puesta en cuestión por los accionantes.

En otros términos, existe regulación en el ámbito de la Ciudad. Pero, lo que sucede, tal como puede advertirse en los dichos de la demanda, es que esa regulación no satisface las expectativas de los actores.

Sin embargo, es obvio que la distancia entre lo permitido por la ley y las aspiraciones de los ópticos que asistieron y aprobaron el Curso de Especialización en Optometría, no supone omisión estatal. Y menos aún, una omisión que “en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes de la Nación, la presente Constitución, las leyes dictadas en su consecuencia y los tratados interjurisdiccionales en los que la Ciudad sea parte” (art. 14, CCBA).

5. He de explicitar algunas de las afirmaciones formuladas arriba. Más allá de que, como ha quedado señalado en los párrafos precedentes, no hay omisión del Gobierno de la Ciudad, tampoco fue afectado el derecho a trabajar de los accionantes. Ellos podrán ejercer su actividad dentro de los límites y de las incumbencias profesionales que fija la ley 17.132 y su dec. regl. 6216/1967, normas que en la Ciudad regulan el ejercicio de la Medicina, de la Odontología y de las Actividades vinculadas.

a) Así, la ley citada, en el inc. a) del art. 2º, define como ejercicio de la medicina el de “anunciar, prescribir, indicar o aplicar cualquier procedimiento directo o indirecto de uso en el diagnóstico, pronóstico y/o tratamiento de las enfermedades de las personas o a la recuperación, conservación y preservación de la salud de las mismas; el asesoramiento público o privado y las pericias que practiquen los profesionales comprendidos en el art. 13”. El art. 13 dispone taxativamente que el ejercicio de la medicina sólo está autorizado a médicos, médicos cirujanos o doctores en medicina, previa obtención de la matrícula correspondiente. Únicamente a estos profesionales les otorga la facultad de “certificar las comprobaciones y/o constataciones que efectúen en el ejercicio de su profesión, con referencia al estado de salud o enfermedad, administración, prescripción, indicación, aplicación o control de los procedimientos a que se hace referencia en el art. 2º”.

b) Las actividades de colaboración con la medicina (inc. c) del art. 2º están diferenciadas de las mencionadas en el inciso a) y definidas como aquellas que llevan a cabo las personas “que colaboren con los profesionales responsables en la asistencia y/o rehabilitación de personas enfermas o en la preservación o conservación, de la salud de las sanas, dentro de los límites establecidos en la presente ley”.

El art. 42 de la ley considera como colaborador de la medicina, entre otros, a los ópticos técnicos y a los ortópticos. El art. 45 señala que “las personas referidas en el art. 42, limitarán su actividad a la colaboración con el profesional responsable, sea en la asistencia o recuperación de enfermos, sea en la preservación de la salud de los sanos, y deberán ejercer su actividad dentro de los límites que en cada caso fije la presente ley y su reglamentación. Para la autorización del ejercicio de cualquiera de las actividades mencionadas en el art. 42, es indispensable la inscripción en la matrícula de los organismos competentes...”. El inc. b) del art. 47, respecto de las actividades de colaboración, específicamente dispone que quienes las ejerzan deberán limitar su actuación a la prescripción y/o indicación recibida.

En relación, a los ópticos técnicos como colaboradores de la medicina, el art. 69 dispone: “Los que ejerzan la óptica podrán actuar únicamen-

te por prescripción médica, debiendo limitar su actuación a la elaboración y adaptación del medio óptico y salvo lo que exige la adaptación mecánica del lente de contacto no podrán realizar acto alguno sobre el órgano de visión del paciente, que implique un examen con fines de diagnóstico, prescripción y/o tratamiento”.

Es evidente, entonces, que el diagnóstico, tratamiento y/o prescripción no están reconocidos a los optómetras.

c) En un mismo sentido, se había pronunciado ya la resol. 535/99 del Ministerio de Educación al aprobar los Contenidos Curriculares Básicos (Anexo I) y los criterios sobre la intensidad de la formación práctica para las Carreras de Grado Medicina (Anexo II), las actividades reservadas exclusivamente para quienes hayan obtenido el título de Médico (Anexo III) y los estándares de acreditación para las referidas carreras de las carreras de grado de Medicina (Anexo IV).

Su Anexo III expresa, en cuanto determina como actividades profesionales reservadas exclusivamente al título de médico, que “la ejecución, enseñanza o cualquier tipo de acción destinada a: a) anunciar, prescribir, indicar o aplicar cualquier procedimiento directo o indirecto de uso diagnóstico o pronóstico; b) planear, programar o ejecutar las acciones tendientes a la preservación, tratamiento y recuperación de la salud o a la provisión de cuidados paliativos; c) asesorar a nivel público o privado en materia de salud y practicar pericias médicas. Todo ello ya sea sobre individuos o sobre el conjunto de la población independientemente de la percepción o no de retribuciones. Quedan excluidas aquellas actividades legisladas para otros profesionales de la salud, no así las concurrentes”.

Y por idénticas razones, el jefe de Gobierno vetó el art. 2º de la ley 1445 (dec. 1804 publicado en *B.O.*, n° 2045 el 14/10/2004), decisión que fue aceptada por la Legislatura (resol. 558 del 2/12/2004).

d) Subyace a la pretensión de los amparistas, el deseo de que el ejercicio de su actividad comprenda la facultad de recetar. Éste es el eje en el que fundan la supuesta omisión estatal y la pretendida afectación de su derecho a trabajar. Sin embargo, es claro que en el caso de autos no se trata de una actividad no reglamentada —está reglamentada por la ley 17.132— y consecuentemente el Gobierno no ha incumplido ninguno de sus deberes (art. 22, CCBA y art. 12, inc. i], ley 153) ni ha violado el derecho consagrado en los arts. 14 y 14 bis de la C.N. y art. 10 de la CCBA.

6. Por los argumentos expuestos hago lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad y declaro la inadmisibilidad del amparo intento.

IV. En consecuencia, voto por: *a)* declarar mal concedido el recurso articulado por el Consejo Argentino de Oftalmología; *b)* hacer lugar al recurso planteado por la GCBA; y *c)* revocar la sentencia apelada y rechazar la acción de amparo.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. El alcance de la pretensión cuya consideración dio lugar a este proceso quedó identificado por la Cámara *a quo* en tanto tuvo al GCBA por incurso en omisión ilegítima a fin de subsanar la cual le ordenó “en cumplimiento de los deberes previstos en el art. 22 de la CCBA y art. 12, inc. i) de la Ley de Salud de la Ciudad (153), regule el ejercicio de la profesión de Optometría”. Con ello vino a despejar, de un modo que resultó consentido por la actora, la duda entre, al menos, dos lecturas posibles, en la primera de las cuales el amparo tuvo por objeto superar la omisión del GCBA que al no reglamentar el ejercicio de la optometría afecta el derecho a trabajar de los accionantes, y la otra —propuesta por el señor fiscal general en el marco de un análisis más profundo de la cuestión— conducente a sostener que la petición involucra no solo la producción de la reglamentación sino que en ella subyace un pedido para que se reconozca a los optómetras como profesionales habilitados para efectuar por sí, sin prescripción médica, medición de la graduación visual y prescripción de lentes.

La jurisdicción de este tribunal ha quedado delimitada por los recursos articulados contra aquel pronunciamiento.

2. En su versión original, la ley 1445 —art. 2°— preveía que “La carrera de Optometría tendrá como objetivo la formación de Optómetras especialistas en el diagnóstico y tratamiento de desórdenes visuales que versen sobre errores de refracción del ojo, utilizando para ello los principios de la física y la óptica inherentes a esa ciencia”. En uso de las atribuciones previstas por el art. 88 de la CCBA, el Poder Ejecutivo vetó dicho artículo por considerar, en lo que ahora importa, que “las prescripciones del art. 2° del proyecto de ley 1445 invaden incumbencias propias de los médicos oftalmólogos, contraviniendo de esa manera la normativa específica en la materia (...) tal como está concebida la carrera de Optometría en el Proyecto de Ley, podría afectarse la salud de la población (...) sobre la base de las argumentaciones precedentemente expuestas y a efectos de propiciar un reanálisis de la cuestión por parte de la Legislatura de la Ciudad (...)” devolvió el proyecto a la Legislatura que, a su turno, admitió que fuera promulgada en las partes no observadas (art. 88, CCBA). Para hacerlo tuvo en cuenta que “en la actualidad en la órbita de la Ciudad de Buenos Aires se encuentra vigente la Ley 17.132 del Ejercicio de la Medi-

cina, Odontología y actividades de colaboración (...) normativa que oportunamente recogió las incumbencias profesionales especificadas por los órganos formadores (...) en lo que respecta a los ópticos técnicos como colaboradores de la medicina, el art. 69 dispone: ‘Los que ejerzan la óptica podrán actuar únicamente por prescripción médica, debiendo limitar su actuación a la elaboración y adaptación del medio óptico y salvo lo que exige la adaptación mecánica del lente de contacto, no podrán realizar acto alguno sobre el órgano de visión del paciente que implique un examen con fines de diagnóstico, prescripción y/o tratamiento’ (...) se desprende [de ello] que es incumbencia de los profesionales médicos el examen, diagnóstico y prescripción de anteojos y del óptico técnico la confección de ellas a partir de la prescripción formulada por el profesional médico [por tanto] (...) teniendo en cuenta que, el art. 2º de la ley 1445 versa sobre la carrera de optometría en la formación de optómetras especialistas en el diagnóstico y tratamiento de desórdenes visuales que se relacionan con errores de refacción del ojo, su ámbito de competencia colisiona con incumbencias propias de la profesión médica” (véase fs. 410/30, aceptación del veto parcial, sesión ordinaria del 3/3/2005, resol. 558/05, *BOCBA*, 2139). Esto muestra que en la concepción que el legislador plasma en el proceso que llevó a la promulgación parcial de la ley 1445, al tiempo en que la sentencia fue dictada, la ley 17132 —que ese legislador no quiso modificar— constituía una barrera infranqueable para atender, por vía de reglamentación emanada del Poder Ejecutivo, el interés de los actores.

Así las cosas, la condena apelada constituye, en primer lugar, un inadmisibles exceso en el ejercicio de las atribuciones jurisdiccionales. Como señalan los votos de mis colegas Dra. Conde y Dr. Maier para que exista una omisión sobre la cual fundar una condena a hacer debe existir un deber fijado por una norma válida en cuya inobservancia consista la omisión. El deber de ejercer competencias reglamentarias, como el que la sentencia estima infringido, no es natural en el marco de la división de poderes que instala la CCBA, por lo que no cabe suponerlo implícito o deducirlo del modo en que lo hace el *a quo*, cuando la cláusula constitucional (art. 22) en que busca apoyo para su tesis es una genérica reserva de atribuciones del Gobierno que aquella organiza. En segundo lugar, porque la vigencia y efectos de la ley 17.132, existente al tiempo de ser emitida la sentencia *sub examine*, vinieron a quedar exaltados luego del trámite de sanción y promulgación parcial de la ley 1445, esta sí posterior a la sentencia.

Por todo ello, corresponde hacer lugar al recurso del GCBA, revocar la sentencia impugnada, rechazar la acción de amparo e imponer las costas del juicio en el orden causado (art. 14, CCBA).

La solución a la que arribo, torna innecesario tratar la apelación del CAO.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Comparto los desarrollos contenidos en punto I del voto de la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde. La vigencia de la ley 1445, vetada parcialmente por el dec. 1804, no permite afirmar que la pretensión de los actores ha devenido abstracta. Los amparistas han iniciado la acción para que se ponga fin a la supuesta omisión del GCBA “en la regulación, expedición y control de las matrículas relativas a la profesión de optometría, omisión que impide a los profesionales optómetras el ejercicio de su profesión” (fs. 1 vta.). En la parte que no ha sido objeto de veto la ley citada dispone:

- a) la creación de la carrera de Optometría en el ámbito del Área de Educación Superior dependiente de la Secretaría de Educación de la Ciudad de Buenos Aires —art. 1°;
- b) los requisitos para cursar la carrera de Optometría —art. 3°;
- c) que la Secretaría de Educación tendrá a su cargo la formulación de los contenidos curriculares y las condiciones atinentes al título habilitante —art. 4°; y
- d) que el Poder Ejecutivo reglamentará la ley en un plazo inferior a 180 días —art. 5°.

En estos términos, es posible afirmar que la pretensión de los actores no ha devenido abstracta, pues no ha encontrado respuesta legislativa a raíz del dictado de la ley citada —que solamente crea *la carrera* de optometría en el ámbito de la Ciudad y establece los requisitos para cursarla, confiriendo al departamento ejecutivo la tarea de formular sus contenidos curriculares y condiciones de obtención del título, así como la de reglamentación de la ley dentro de un plazo (que se encuentra vencido).

2. En cuanto al fondo de la cuestión debatida, también coincido con la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde.

El GCBA ha construido en su recurso un caso constitucional al demostrar que se encuentra en debate el alcance e interpretación que debe darse a las disposiciones contenidas en el art. 22 de la CCBA.

Los accionantes pretenden que el Poder Judicial de la Ciudad ordene al Gobierno local *regular* la optometría y explicitan que dicha reglamentación debería realizarse *de cierta manera*. Para respaldar su petición invocan el art. 22 de la CCBA que expresa: “La Ciudad ejerce su función indelegable de autoridad sanitaria. *Regula, habilita, fiscaliza y controla* todo el circuito de producción, comercialización y consumo de productos alimenticios, medicamentos, tecnología médica, *el ejercicio de las pro-*

fesiones y la acreditación de los servicios de salud y cualquier otro aspecto que tenga incidencia en ella. Coordina su actividad con otras jurisdicciones” (el destacado ha sido añadido); también hacen mención del art. 12, inc. i), de la ley básica de salud local (153) que reitera la disposición constitucional antes transcrita.

En mi concepto, los amparistas no logran demostrar que el GCBA haya incurrido en una omisión susceptible de afectar de manera ostensible, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, alguno de sus derechos tutelados por el ordenamiento jurídico (art. 14, CCBA). En el caso, no se constata la existencia de un deber específico que ordene hacer la conducta que se dice omitida por la Ciudad. El *genérico mandato* contenido en el art. 22 de la Constitución local no proyecta un efecto de la magnitud que los actores conciben (el de generar la obligación por parte de la Ciudad de brindar regulación a la optometría, y que lo haga de cierta manera). Por otro lado, la actividad de los colaboradores de la medicina (entre los cuales se encuentran los optómetras) ya está contemplada en la ley 17.132 y su dec. regl. 6216/67 —como apuntan en sus respectivos votos mis colegas, la doctora Alicia E. C. Ruiz y el doctor Julio B. J. Maier.

Por consiguiente, como se dijo, no se logra demostrar una omisión antijurídica por parte del GCBA generadora de una afectación arbitraria del derecho a trabajar reconocido a los actores. Ocurre que el bloque normativo vigente que rige la optometría, incluso tácitamente, impide a los optómetras contar en el ámbito de la Ciudad con la habilitación para recetar ayudas visuales. Seguramente esa posibilidad de recetar beneficiaría a los optómetras en el ejercicio de su profesión al ampliar sus incumbencias. Pero lo cierto es que no se verifica la omisión de un deber jurídico del Estado local que impida o dificulte a los optómetras ejercer su derecho a trabajar en el campo que legalmente hoy tienen habilitado. Por lo demás, no parece ser el Poder Judicial el departamento del Estado indicado para discernir, en el marco de una acción de amparo, cuáles deben ser las incumbencias de un optómetra y si, por sus conocimientos y formación, el optómetra se encuentra capacitado para diagnosticar y prescribir lentes.

3. En punto al recurso planteado por el Consejo Argentino de Oftalmología (en su calidad de tercero), hago míos los fundamentos vertidos en el punto II.2 del voto de la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde.

Por las consideraciones expuestas, prospera el recurso de inconstitucionalidad planteado por el GCBA y, en consecuencia, corresponde revocar la sentencia apelada y rechazar la presente acción de amparo. Costas en el orden causado (art. 14, CCBA).

Así lo voto.

Por ello, oído el señor fiscal general,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Declarar* mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo Argentino de Oftalmología.

2°. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad planteado por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y, en consecuencia, *revocar* la sentencia recurrida y *rechazar* la acción de amparo planteada en autos, con costas por su orden.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique y oportunamente, se devuelva.

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

LVII

“AUDITORÍA GENERAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA
DE BUENOS AIRES C/COORDINACIÓN ECOLÓGICA
ÁREA METROPOLITANA SOCIEDAD DEL ESTADO (CEAMSE)
S/ACCIÓN MERAMENTE DECLARATIVA”

**AUDITORÍA GENERAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES: Tribunal
Superior de Justicia. Competencia originaria y exclusiva. Procedimiento**

Expte. nº 3944/05 - 28/6/2005

VISTO:

El expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

El presidente de la Auditoria General de la Ciudad interpone demanda contra Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado (CEAMSE), y solicita al tribunal que “confirme la competencia de mi representada para efectuar tareas de contralor en el CEAMSE y a tal fin ordene a dicha sociedad del estado que facilite la información que se solicita en el marco del Proyecto de Auditoria 5.04.01”.

Expone que el CEAMSE —sociedad del estado conforme a la ley 20.705, en la que la Ciudad y la Provincia de Buenos Aires son socios por partes iguales— se ha negado a que la Auditoría efectúe el control externo al que está autorizada por el art. 135 de la CCBA y las normas pertinentes de la ley 70. Acompaña prueba documental —entre ella copia certificada del expte. AGCBA 103.004/09 por el que tramita el proyecto de Auditoría del CEAMSE 5.04.01— y pide que se declare la cuestión de puro derecho. A todo evento ofrece también prueba testimonial, caligráfica e informativa.

Plantea caso federal y, finalmente, pide que se resuelva conforme lo requerido, con costas.

El señor fiscal general dictaminó a fs. 143/145 y vta. respecto del trámite procesal que debería darse a la acción deducida

FUNDAMENTOS:

1. El art. 113, inc. 1º, CCBA, establece que es competencia del Tribunal Superior de Justicia conocer originaria y exclusivamente en las demandas que promueva la Auditoría General de la Ciudad.

2. La acción interpuesta tramitará según lo dispuesto en los arts. 287 y concordantes del CCAyT (conf. arts. 2º y 16 de la ley 402), con las siguientes precisiones.

- a) Se dará traslado de la demanda contra Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado — CEAMSE por el plazo de treinta (30) días (conf. art. 287, párr. 2º, CCAyT, arts. 2º y 15, ley 402), bajo apercibimiento de lo dispuesto en el art. 279 del CCAyT. En el acto de contestación, la demandada tendrá las cargas y facultades expresadas en el art. 279 y 280 del CCAyT.
- b) Oportunamente, se convocará a la audiencia preliminar prevista en el art. 288 del CCAyT.
- c) El tribunal dictará sentencia (conf. art. 27, inc. 3.b, y 391, CCAyT) dentro del plazo de sesenta (60) días de quedar firme la providencia de llamamiento de autos.

Por ello, y según lo dictaminado por el señor fiscal general

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Tener* a la Auditoría General de la Ciudad por presentada, por parte, por constituido domicilio procesal y denunciado el legal. Tener por presentado en el carácter invocado al Dr. Pedro Martín Bardi.

2°. *Correr* traslado de la demanda a Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado — CEAMSE, para que comparezca al proceso, la conteste y ofrezca prueba en el plazo treinta (30) días, bajo apercibimiento de lo normado en el art. 279 del CCAyT.

3°. *Disponer* que el proceso se rija por las reglas indicadas en los fundamentos.

4°. *Mandar* que se registre, se notifique por cédula a la demandada con copia de la demanda y sus adjuntos y de esta resolución, y se notifique al señor fiscal general.

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

LVIII

“MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA OFICIAL EN LO CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS N° 4— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘FERNÁNDES, MAURICIO HÉCTOR S/ART. 47 DEL CÓD. CONTRAV. —APELACIÓN”

RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad. Fundamentación.

Autosuficiencia. Arbitrariedad de sentencia. Invocación genérica de garantías constitucionales. Garantía de la doble instancia. Derecho al recurso. Juicio oral y público. Cuestiones de hecho y de prueba. Depósito

Expte n° 3943/05 - 29/6/2005

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA

I. El defensor oficial de Mauricio Héctor Fernández interpuso un recurso de queja ante este Tribunal (fs. 55/66) contra la resolución de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires, que declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad oportunamente planteado (fs. 42/50). El mencionado tribunal había confirmado la sentencia condenatoria de primera instancia (fs. 22/24 vta.) que le había impuesto a Fernández la pena de apercibimiento conjuntamente

te con la de trabajos de utilidad pública por el término de cinco días a razón de dos horas diarias, por considerarlo autor de la contravención prevista en el art. 47 del Cód. Contrav. cometida el día 2/6/2004.

2. En su recurso de queja (fs. 55/66) —que reproduce los agravios vertidos en el de inconstitucionalidad (fs. 42/50)— el recurrente cuestionó la sentencia de Cámara por considerarla “arbitraria” desde cuatro enfoques distintos:

- a) en primer término, la defensa sostuvo que la decisión de Sala I afectó inválidamente su derecho al recurso (art. 8º, inc. 2º, h de la CADH, y 14.5 del PIDCP) ya que, según manifestó el recurrente, la Cámara habría señalado que sólo podía revisar la condena dejando de lado la ponderación de hechos y pruebas;
- b) por otra parte, el recurrente entendió que resultaba contradictoria e infundada la confirmación de la sentencia porque, pese a que los camaristas habrían indicado que no podían valorar los hechos en el recurso de apelación, se examinaron las declaraciones testimoniales tomadas en el debate, lo que afectó su derecho de defensa;
- c) en tercer lugar, el recurrente consideró arbitraria la sentencia porque repitió los vicios en los que habría incurrido el juez de primera instancia al momento de valorar la prueba, afectando las reglas de la sana crítica y su derecho de defensa; y por último,
- d) la defensa también consideró arbitrario el pronunciamiento de la Cámara porque minimizó el valor de ciertos datos de la causa —favorables al imputado— apoyándose en limitadas pruebas de cargo que no eran coincidentes ni resultaban incuestionables. Sostuvo en consecuencia que la condena carecía de fundamentación, violaba la garantía de la defensa en juicio y el principio de culpabilidad.

3. Por su parte, el fiscal general adjunto —tomando los argumentos del Fiscal de Cámara— se pronunció por el rechazo de la queja entendiendo que ella no presentaba un verdadero caso constitucional, sino que se limitaba a discrepar con los criterios de la Sala I (fs. 74/75).

FUNDAMENTOS

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. El recurso de queja ha sido interpuesto en tiempo y forma (conf. art. 33, ley 402). Sin embargo, debe ser rechazado, porque no acredita relación directa entre lo resuelto y las cláusulas constitucionales y de tratados internacionales invocadas.

2. El agravio relativo a la insuficiencia del recurso del art. 50 de la L.P.C., a la luz de normas internacionales cuya aplicación a este tipo de procedimiento invoca la quejosa, por una parte, no surge de una correcta lectura de la sentencia, y por la otra, no contiene una demostración de que los agravios dirigidos contra la decisión de primera instancia caen por fuera del ámbito de control delimitado por el *a quo*.

La sentencia formula consideraciones acerca de la perspectiva que el carácter oral y público de la instancia inferior imponen a la alzada, perspectiva cuyo ángulo y amplitud están, a su vez, y tal como lo destaca el señor fiscal general adjunto a fs. 74 vta., determinadas por la diligencia que las partes hayan puesto en lograr que el acta que da cuenta de lo ocurrido lo dé concretamente de aquellos aspectos que estimen relevantes para el sostén de sus posturas. No excluye, en modo alguno, la revisión de conclusiones de hecho y prueba sobre la base de su naturaleza. Con otras palabras, la Sala I no dijo en su fallo que le resultaba imposible analizar cuestiones de hecho, sino que sostuvo que ese análisis debía tomar en cuenta el principio de inmediación, porque no es factible valorar la prueba no producida ante los jueces de cámara, más allá de lo que se registró en el acta de debate. Es decir, la sentencia indicó que el re-examen solicitado por la defensa no podía abarcar aquello que no constara en el expediente. De hecho, la Cámara ponderó cuestiones probatorias en esos límites y de eso también se agravio el imputado, conforme se indicó en el punto 2. b) del “resulta”.

En tales condiciones, no muestra la quejosa gravamen alguno que tenga relación directa con este agravio. No invoca ni demuestra que en base a la interpretación que la Cámara hace del alcance del art. 50 de la L.P.C., se le haya denegado o rechazado algún agravio formulado en la apelación. Se limita a decir que la Cámara procedió “soslayando el examen de aquellos argumentos que fueron introducidos para cuestionar el valor probatorio favorable al imputado” (fs. 62), sin indicar cuáles habrían sido tales argumentos, y sin que ello surja de la lectura de la apelación de fs. 26/33 o de la sentencia de Cámara (fs. 34/39). Esto también torna abstracto el tratamiento de las argumentaciones vertidas por la quejosa en torno a la invocación en su contra de los principios de inmediación y oralidad (fs. 61).

3. Lo dicho en el consid. anterior torna, asimismo, improcedente el agravio relativo a la contradicción en que habría incurrido la Cámara al valorar hechos y pruebas para confirmar la sentencia, luego de haber manifestado, según la defensa, que no tenía competencia para hacer tales valoraciones. En los términos que señalé en el punto 2, la Cámara no dejó

fuera del recurso de apelación la posibilidad de valorar cuestiones fácticas, sino que sólo limitó esa tarea a que existan en la causa elementos que lo permitan; sencillamente, los que surgen del acta de debate, ya que no se expidió sobre la admisión de prueba en esa instancia, ni hubo ofrecimiento de la defensa en ese sentido. Entonces, una vez establecido que los camaristas dijeron que podían involucrarse en la consideración de los hechos con las herramientas que tenían frente a sí, no es contradictorio que hayan realizado esa tarea.

4. Los agravios restantes, más allá de las garantías y principios que la quejosa enuncia genéricamente, se vinculan exclusivamente con la tarea de los jueces de mérito al momento de efectuar la valoración de la prueba. Para estas cuestiones valen particularmente las pautas generales sobre la doctrina de la arbitrariedad. La arbitrariedad de sentencia como cuestión constitucional (motivo desarrollado por la CSJN en *Fallos*, 184:137, entre otros), es estricta, pues atiende a cubrir casos de carácter excepcional (*Fallos*, 312:246, 389, 608, entre otros) y no tiene por objeto corregir fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende sólo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema cuando, a causa de ellos, esos fallos quedan descalificados como actos judiciales válidos (*Fallos*, 294:376).

No es posible abrir la competencia de este Tribunal en el caso porque su competencia es limitada y los argumentos de la defensa no logran acreditar un motivo suficiente para apartarse de ese criterio. Por lo tanto, lo único que encuentro en el recurso es la simple discrepancia con los fundamentos de los jueces que fallaron, motivo que no puede abrir por sí la instancia extraordinaria local.

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

5. Sobre la base de las cuestiones expuestas es posible sostener que el recurso de inconstitucionalidad fue correctamente denegado por la Cá-

mara de Apelaciones en lo Contravencional y que la queja debe ser desestimada.

6. En cuanto al depósito previsto por el art. 34 de la ley 402, corresponde supeditar su consideración al resultado del beneficio de litigar sin gastos iniciado por el imputado, criterio que se compadece con el sostenido por este Tribunal *in re* “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.’” (expte. n° 3562/04, sentencia del 25/2/2005). El trámite de este incidente torna abstractos los planteos formulados en el punto II de la queja.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Como en otros casos, no hace falta repetir la opinión restrictiva del tribunal respecto de las impugnaciones por *arbitrariedad*, con cita de fallos de la misma CSJN, ni las negativas mías acerca de este presunto “motivo” del recurso de inconstitucionalidad local y de apelación federal (véase punto 1 de mi voto en “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en ‘Fariás, María Antonia c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]’”, expte n° 3565/04, resolución del 26/5/2005 y mi voto en “Compañía Meca S.A. c/DGR [resol. 429-DGR/00] s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte n° 2630/03 y sus acumulados exptes. n°s 2538/03 y 2585/03, sentencia del 12/8/2004, y sus citas).

2. Sin embargo, el hecho de la denominación elegida por el recurrente no evita que, tras esa denominación errónea y confusa, a mi juicio, se pueda esconder un caso constitucional verdadero, como, por ejemplo, la invocación de la *doble instancia*, reclamada por el art. 13, inc. 3°, CCBA (conf. fs. 59). En este primer punto vale la pena aclarar la confusión que introduce el recurrente, que no se atiene a un problema jurídico relativo a la desaparición de su derecho a la doble instancia tras el tratamiento que la Cámara dio al asunto y a indicar que el agravio lo constituye una condena hija de ese procedimiento, sino que, antes bien, su escrito respira aires de valoración de la prueba y trasunta, así, su disconformidad con el fallo, en tanto él debió valorar prueba de modo diverso y para arribar a una solución distinta del caso (véase, principalmente, puntos C y D del recurso de queja, fs. 63/66 vta.). Es claro —y así lo ha manifestado el tribunal en múltiples sentencias: ver, por ejemplo, punto 3 *in re* “Rodríguez, Paulo Federico y Ball, Gustavo Matías s/art. 78, Cód. Contrav. s/recurso de queja”, expte. n° 110/99, resolución del 22/10/1999 en *CyJ, Fallos TSJBA*, I-1999, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 570 y ss.— que ello excede la

competencia y tarea del tribunal por el recurso intentado y regulado por la ley, razón por la cual omitiré todo pronunciamiento sobre el particular: la valoración de la prueba es tarea que corresponde exclusivamente a los tribunales de mérito.

3. En otro orden, advierto que no es cierto, en principio, que se le haya negado al condenado la *doble instancia*, en el caso (conf. puntos A y B del recurso de queja, fs. 59 vta./63). Por lo contrario, el condenado pudo apelar la sentencia del juez contravencional que la Cámara confirmó, y lo pudo hacer gracias a la existencia en la L.P.C. del art. 50, que le concede ese derecho de recurrir el fallo.

Lo que está en juego no es el derecho al recurso liso y llano, ni la garantía de la *doble conformidad* —pues es claro que nos hallamos frente a una sentencia de un tribunal confirmada por otro, esto es, ante dos sentencias condenatorias y uniformes—, sino la manera según la cual esta doble conformidad se alcanzó. En este sentido, quizás sea un error de la Sala I de la Cámara contravencional el haber afirmado con cierta dosis de necesidad su imposibilidad de realizar un nuevo debate y de valorar así prueba presenciada por los jueces que la integran. El art. 50 de la L.P.C., en tanto concede un derecho al recurso, ampliamente (según parece comprenderlo la misma Cámara, fs. 35), no impide, de manera alguna, recibir prueba en un nuevo debate, incluso incorporar prueba ya recibida en el debate anterior y, por alguna razón, tachada de falsa, insuficiente o de comprensión errónea por parte del sentenciante, según la denuncia del recurrente. La Cámara, efectivamente, no es un tribunal de casación, en el sentido de que sólo examina errores jurídicos de la sentencia que le viene apelada, pero vale la pena destacar que aún los tribunales de casación tienen y deben tener procedimientos probatorios para estos casos, simplemente porque el recurrente tacha —y así lo manifiesta— aquello expuesto históricamente por el acta de debate. Quizás aclare un poco más la cuestión el sinsentido que tendría una ley de procedimientos que prevé un *juicio oral y público* para transformarlo, después del debate, en un juicio registrado, incluso por escrito, en el cual el tribunal de apelación se limita a valorar actas labradas tan sólo por un dependiente del juez que decidió anteriormente.

Resulta evidente que la L.P.C. no prohíbe el nuevo debate en apelación, pero, para que ello suceda, son necesarias dos condiciones que aquí el recurrente no cumplió: *a)* la primera de ellas está representada por la necesidad de que se produzca alguna prueba pertinente y útil, que el recurrente debe ofrecer, y que no cumple sólo con criticar la valoración efectuada por el juez que sentencia; y *b)* solicitarle al tribunal de apelación

una nueva audiencia de debate para que escuche personalmente la prueba pertinente y útil que él ofrece (conf. punto 4, párr. 1º, de mi voto en “Kim, In Jung s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado” en “Kim, In Jung, s/art. 74 del Cód. Contrav.”, expte nº 3790/04, sentencia del 1/6/2005). Si el recurrente no cumple estas condiciones es claro que el tribunal de apelación no tendrá forma alguna de valorar la prueba que recibió otro juez (*principio de inmediación*), según lo expresa la Cámara en su sentencia.

Algunos ejemplos aclararán mejor aquello que quiero decir. Si la impugnación se vincula a una percepción errónea por parte del juez sentenciante en la primera sentencia de mérito, habrá que ofrecer prueba —incluso la producción de la misma prueba que fue introducida en la primera instancia— para verificar el yerro del juez, siempre que el motivo de la errónea percepción sea el motivo del recurso (escuchó mal o vio mal). Si, en cambio, se sostiene la falsedad del contenido de un medio de prueba, en el sentido de que transmite algo que no es cierto, también allí habrá que probar la realidad de ese calificativo. En cambio, si se trata de una mera especulación referente a la valoración de la prueba y a los principios lógicos que presiden el sistema (*sana crítica racional*), el recurso se queda allí, en el mero control de logicidad de la sentencia.

En definitiva, la defensa no puede quejarse ahora de algo que no hizo antes, ni este Tribunal está autorizado, por su competencia en el recurso, a enmendarle la plana a los tribunales de mérito por la dirección con la que han valorado la prueba recibida.

Me parece que en este sentido tiene razón el tribunal que rechazó el recurso, porque el recurrente no invocó caso constitucional alguno (fs. 52/54), sino que sólo afirmó la apariencia de él por mención del principio básico citado, que no relacionó con el caso concreto en examen. Con estos fundamentos propongo la misma solución que el señor juez de trámite, esto es, rechazar el recurso de queja interpuesto a fs. 55/66.

4. En lo referente al depósito que habilita la queja, la solución que ha dado el señor juez de trámite no es exactamente aquella en la que yo creo, pues he sostenido que los defensores oficiales están exentos de depositar la suma exigida por el art. 34, I, ley 402 (véase punto 1 de mi voto en “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional N° 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en ‘Caro, Maximiliano Daniel s/arts. 61 y 63, Cód. Contrav. —apelación’, expte nº 2197/03, sentencia del 10/9/2003). Pero, hasta ahora, esa solución no crea contradicción absoluta alguna con mi opinión —pues no obliga a depositar el dinero— y, a mi juicio, es propia del juez de trámite, en principio (conf. punto 9 de mi voto en “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.’, expte. n° 3562/04, sentencia del 25/2/2005).

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Al igual que los señores jueces preopinantes, entiendo que la queja interpuesta no puede prosperar, no sólo porque no acredita una relación directa entre lo resuelto y las cláusulas constitucionales citadas, sino además, porque su argumentación se torna confusa e inconsistente tan pronto se advierte que los asertos que presenta con apariencia de verdaderos, no son tales. No basta para dar trámite a su recurso, la invocación abstracta de derechos y garantías, pues si su planteo prescinde de un debate constitucional serio vinculado con el caso concreto, deviene inadmisibile [conf. este Tribunal, *in re* “Cátedra, Ricardo y otro c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 3570/04 resolución del 2/3/2005].

2. La supuesta reducción de los alcances del recurso previsto en el art. 50 de la L.P.C., fuera de la simple discrepancia del recurrente, en los hechos no existió en la sentencia impugnada. El razonamiento de la Cámara se encuentra lo suficientemente fundamentado como para resistir la tacha de arbitrariedad que pretende introducirse —sin entrar a considerar si la causal que invoca es idónea para el remedio que intenta—. Una salvedad introductoria de carácter meramente dogmático como la efectuada por la Sala I, sobre las limitaciones propias del re-examen de cuestiones vinculadas con los hechos y las pruebas, no puede consolidar un auténtico caso constitucional pues no afecta derecho, principio o garantía alguna. Las reglas que informan al proceso contravencional —entre ellas, su oralidad e inmediatez—, impiden a la alzada valorar ampliamente los extremos probatorios que tienen lugar en el debate (conf. art. 46, L.P.C.) pues no participa de su producción. En su función ordinaria y revisora, sólo puede examinar el aspecto racional del juicio sobre la prueba, y si éste, se ajusta o no a las reglas de la sana crítica para la acreditación del aspecto material de la imputación; siendo claro, que de verificarse vicios inherentes a la sentencia o errores groseros, está facultada para nulificarla y resolver la materia sometida a su jurisdicción con arreglo a derecho (conf. art. 51, L.P.C.). En definitiva, lo dicho es el correlato necesario de la facultad legal de la Cámara para cuestionar racionalmente la exégesis de las reglas —de derecho común— aplicables en materia probatoria y la valoración extraña que de ellas, hacen los tribunales de juicio [conf. este Tribunal, *in re* “Kim, In Jung s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Kim, In Jung s/art. 74 del Cód. Contrav.’”, expte. n° 3790/05, resolución del 1/6/2005].

Desde este enfoque, resulta atinada la advertencia del señor fiscal general adjunto (fs. 74 vta.), sobre la necesidad de extremar los recaudos para hacer constar las cuestiones favorables a las partes en el acta que documenta la audiencia (arts. 47 y 48, L.P.C., art. 394.6, CPPN). De otro modo, la alzada no podrá revisar adecuadamente los plausibles defectos en la acreditación de la responsabilidad atribuida.

3. La aparente contradicción en la que, a criterio del recurrente, habría incurrido la Cámara al dictar sentencia no constituye un argumento legítimo para fundar el recurso que intenta, y esta simple afirmación bastaría para desecharlo como agravio. La primera objeción que puede hacérsele a su planteo es que, en rigor, la alegación de una incoherencia semántica o sintáctica no constituye, por sí sola, una cuestión constitucional para habilitar la intervención de este Tribunal si no acredita en qué medida ella le afecta. No es necesario expedirme sobre el acierto o desacierto de la decisión de la Cámara, pues se advierte que la contradicción que se apunta no es tal.

Es más, quien tropieza en desatinos argumentales es la propia defensa, toda vez que, simultáneamente reconoce y niega —en violación al principio lógico de no contradicción— la efectiva existencia de la restricción del recurso de apelación (puntos a y b), denotando la promiscuidad de sus planteos y su sólo desacuerdo con la resolución adversa a los intereses que representa.

No es posible provocar por vía recursiva un nuevo examen crítico sobre la totalidad de las pruebas valoradas en el debate ya sustanciado, pues tal pretensión sería incorrecta y desplazaría al juicio oral y público. La alzada sólo evalúa racionalmente las constancias del sumario y entre ellas, las pruebas aportadas —al menos, a las que puede acceder por medio de actas—, lo cual, no implica un inédito e imprevisto juicio valorativo sobre las mismas, sino antes bien, verificar si éstas, constituyen válidamente el sostén para fundar en ley la sentencia dictada en primera instancia (conf. art. 18 y 28, C.N.).

4. En cuanto a los restantes agravios sindicados en los puntos c) y d) de la presentación de fs. 55/66, me remito a los fundamentos propiciados por el señor juez de trámite. Sólo quiero agregar que, 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. este 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]. El simple señalamiento de imperfecciones o discordancias entre los ele-

mentos de prueba —testimonios— a que hace mención la defensa mal pueden lograr su cometido de derribar la culpabilidad atribuida a su pupilo. Muy por el contrario, entre tales señalamientos no se encuentra ninguno que posea virtualidad suficiente que permita concluir que el grueso de los extremos probatorios producidos no han sido interpretados a la luz de la sana crítica racional, por lo cual, el recurso de inconstitucionalidad ha sido correctamente denegado por la Cámara.

En mérito a lo expuesto, y de conformidad con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, voto por rechazar la queja interpuesta a fs. 55/66.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Adhiero al voto del señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja interpuesto a fs. 55/66 fue deducido en tiempo (art. 3º, ley 402). Sin embargo, no puede prosperar.

2. La defensa no efectúa una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recuso de inconstitucionalidad, ni rebate argumentativamente los fundamentos por los cuales la Cámara resolvió no concederlo; omisión que obsta su procedencia.

3. Por otra parte, la queja contiene el mismo defecto que presenta el recurso de inconstitucionalidad: no logra conectar los agravios concretos que —afirma— le provoca la sentencia de Cámara, con motivos de impugnación de carácter constitucional. Por ende, no ha logrado exponer fundadamente un caso constitucional, conforme lo establece el art. 27 de la ley 402.

4. Dado que ya me he manifestado a favor de la exención del pago del depósito cuando el recurso procede de la defensa oficial, 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, Cód. Contrav. —apelación’”, expte. n° 2212, resol. del 11/6/2003; “Ministerio Público —Defensoría Oficial n° 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Caro, Maximiliano Daniel s/arts. 61 y 63, Cód. Contrav. —apelación’”, expte. n° 2197, resol. del 10/9/2003; “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional N° 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Echagüe, Damián s/violar luz rojas y otra’”, expte. n° 2279, resol. del 30/9/2003; y “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. 186 bis C.P.’”.

5. Voto en consecuencia, por el rechazo de la presente queja.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Rechazar* la queja interpuesta a fs. 55/66.

2°. *Hacer* saber a la defensa 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 promovió.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita esta queja a la Sala I de la Cámara Contravencional.

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

LIX

“ROJT, JULIO M. Y OTRA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘ROJT, JULIO M. Y OTROS C/CONSEJO PROFESIONAL DE CIENCIAS ECONÓMICAS S/AMPARO (ART. 14, CCBA)’”

**RECURSO DE REVOCATORIA: Admisibilidad.
Sentencias del Tribunal Superior de Justicia**

Expte. n° 2689/03 - 29/6/2005

VISTO:

El expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

Los actores solicitan reposición (fs. 74/76) contra la decisión del tribunal del 4/5/2005 (fs. 67/70), por la que se impuso a su parte las costas de la denegatoria del recurso extraordinario federal que ella había interpuesto oportunamente. Sostienen que en el art. 14 de la CCBA se establece que el accionante en el amparo está exento de costas y, por consiguiente, “este beneficio sigue hasta el final del proceso, con todas y cada una de sus consecuencias” (fs. 74, punto IV del escrito de reposición).

FUNDAMENTOS:

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

1. Las resoluciones del Tribunal Superior de Justicia adoptadas con los votos suficientes requeridos por el art. 25, primer párrafo, ley 7 no son susceptibles —por regla— de reconsideración, reposición o revocatoria, sobre todo ante la inexistencia en la ley 402 de algún recurso contra sus decisiones (CSJN, doctrina de *Fallos*, 286:198; 293:468; 297:543; 303:241; 308:1606; 310:1784, entre muchos otros; el Tribunal, *CyJ, Fallos TSJBA*, I-1999, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 136 y ss. *in re* “Partido Justicialista y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/nulidad”, expte. n° 50/99, resolución del 16/6/1999; “Liga de amas de casa, usuarios y consumidores de la República Argentina y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 480/00, resolución del 24/10/2000; “Spisso, Rodolfo R. c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 1866/02, resolución del 13/11/2002, entre otros).

Por lo tanto, el recurso presentado es inadmisibile.

2. Sin perjuicio de lo expuesto, parece oportuno recordar que sólo la ley nacional puede reglar las apelaciones ante la CSJN y, por ende, los aspectos procesales del recurso extraordinario federal previsto en los arts. 14 y ss. de la ley 48, incluso su sustanciación en la preliminar instancia de este estrado, están determinados por el CPCCN (doctrina de *Fallos*, 303:435; 304:515; 307:1746; 308:924), más aún, cuando el Alto Tribunal es, en definitiva, quien habilita o no su competencia en los recursos concedidos o en las quejas por denegación de aquellos.

Así lo votamos.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Adhiero a la solución propuesta por el señor juez de trámite, en virtud de los fundamentos que desarrolla en el punto 1 de su voto.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Declarar* inadmisibile el recurso de revocatoria planteado a fs. 74/76 contra la resolución de fs. 67/70.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y se devuelva.

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

LX

“GELPI, HÉCTOR HUGO S/QUEJA POR RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN:
‘GELPI, HÉCTOR HUGO C/GCBA S/EMPLEO PÚBLICO
(NO CESANTÍA NI EXONERACIÓN)’”

**RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad. Fundamentación.
Autosuficiencia. Caso constitucional. Arbitrariedad de sentencia**

Expte. n° 3569/04 - 29/6/2005

VISTAS:

Las actuaciones indicadas en el epígrafe

RESULTA:

I. El Sr. Héctor Hugo Gelpi, luego de retirarse de la administración pública local, inició una demanda para que se declare la nulidad e inconstitucionalidad del dec. 576/96 de la presidencia del ex Concejo Deliberante, por el cual se estableció un nuevo régimen escalafonario para los empleados de ese concejo que, si bien les incrementó el sueldo, les suprimió algunos suplementos salariales (“refrigerio”, “dedicación legislativa” y “presentismo”). El actor sostuvo que esa modificación afectó su remuneración con una rebaja de \$ 225 mensuales.

El Sr. Gelpi también solicitó que se condene al Gobierno al pago de las diferencias salariales que le serían adeudas por la aplicación del nuevo régimen desde enero de 1997 hasta diciembre de 1998, fecha en la que él concretó su retiro incentivado de la administración, y que se vuelva a liquidar la indemnización por el retiro, teniendo en cuenta la modificación salarial que reclama (fs. 1/3, expediente principal).

La señora jueza de primera instancia rechazó la demanda. Estimó que el decreto se encontraba debidamente motivado, que el presidente del ex Concejo Deliberante tenía facultades para efectuar la modificación del régimen remuneratorio, que en el empleo público esa modificación es parte del *ius variandi* que legítimamente puede ejercer la administración pública empleadora y que la modificación del sueldo bruto en un 9,22 % resultaba razonable pues no superaba el 20 % considerado en la doctrina y en la jurisprudencia como el límite del ejercicio razonable del *ius variandi*. La jueza también indicó que el actor no probó el perjuicio, ni que cumplía

las condiciones previstas para la percepción de los adicionales o suplementos (fs. 234/239, expediente principal).

2. El actor apeló la sentencia (fs. 251/254, expediente principal). La Cámara rechazó el recurso pues consideró que en tanto los derechos reconocidos por la Constitución Nacional no son absolutos, la disminución no constituyó una alteración sustancial del contrato teniendo en cuenta el monto de la remuneración del actor. En cuanto a las exigencias para acreditar el cumplimiento de los requisitos para percibir los suplementos por refrigerio y presentismo, coincidió con la sentencia de primera instancia en cuanto a que ello no fue acreditado pues no surge del legajo personal ni de la restante documentación presentada (fs. 269/273, expediente principal).

3. Contra esa sentencia el actor interpuso el recurso de inconstitucionalidad (fs. 277/282, expediente principal).

La Sala II de la Cámara denegó el recurso pues consideró que el memorial expresa “una interpretación diferente en lo referido a los elementos fácticos del caso, pero ello deviene insuficiente para demostrar la configuración de una cuestión constitucional, y sólo pone de manifiesto un fuerte desacuerdo con lo resuelto, circunstancia que no habilita la intervención del Superior” (fs. 294 y vta., expediente principal).

4. Frente a esa denegatoria, el actor acude en queja ante el tribunal (fs. 17/19, de este expediente). Requerido su dictamen, el señor fiscal general adjunto postula el rechazo del recurso de hecho (fs. 32/34 vta., de este expediente).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. La queja ha sido planteada en tiempo oportuno. Sin embargo, como lo sostiene el fiscal general adjunto en su dictamen, el recurso no puede ser admitido porque el recurrente no efectúa el desarrollo de los aspectos constitucionales involucrados en el caso.

El recurso de hecho sólo incluye un reproche puramente genérico de la sentencia impugnada. La orfandad argumentativa de la queja llega al punto de omitir consignar cuáles serían las disposiciones constitucionales que podrían resultar aplicables a la cuestión que se intenta articular (conf. el Tribunal, doctrina de los fallos dictados *in re*: “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Novik, Jorgelina Carla y Wlodkowsky, Irene c/GCBA s/amparo’”, expte. n° 1465/02, resolución del 24/4/2002; “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. n° 1309/01, resolución del 6/3/2002 y sus citas; entre otros).

Así, al criticar la decisión denegatoria del recurso de inconstitucionalidad, el actor no individualiza siquiera cuáles son las “normas constitucionales que han sido avasalladas” a las que alude, o a cuáles de ellas se refiere cuando expresa que se presenta “una grave violación de normas constitucionales nacionales, locales y de la ley 24.588” (fs. 18).

2. Si bien no se requieren fórmulas rituales para traer a conocimiento y decisión del tribunal un recurso que trate sobre la constitucionalidad de normas, en la queja y en el recurso de inconstitucionalidad que la precede la parte debe efectuar un planteo claro, preciso y circunstanciado de las cuestiones debatidas en la causa, de los aspectos constitucionales en ellas involucrados y de los fundamentos de orden constitucional en los que apoya su desacuerdo con la sentencia recurrida.

Sobre esa base, la expresión de agravios debe incluir —ineludiblemente en el recurso previsto en el art. 27 de la ley 402— los argumentos de índole constitucional que son propuestos a consideración del tribunal para modificar la decisión adoptada en las instancias de mérito.

Nada de eso puede observarse en el recurso de queja.

En el recurso de inconstitucionalidad —luego de mencionar que el fallo de la alzada se contrapone “con normas esenciales de la Constitución Nacional (art. 14 bis, 16 y 17) y con similares de la Constitución local (art. 43 entre otros), con lo normado en la ley 24.588 (art. 11 y concs.) y normas contenidas en Tratados Internacionales que tienen jerarquía constitucional” (fs. 280 vta., expediente principal)—, el actor dedica algo más que una página (fs. 280 vta./281) a la transcripción de pasajes de un pronunciamiento del Juzgado n° 3 del fuero Contencioso Administrativo y Tributario local referido al art. 43 de la Constitución local y algo menos que seis líneas para exponer que la sentencia vulneraría tres disposiciones constitucionales (arts. 14 bis, 17 y 19, C.N.). En estos términos, la forma en que se pretende exponer la cuestión constitucional no satisface la exigencia señalada en el primer párrafo de este punto.

Esas líneas no permiten, por ejemplo, comprender de qué manera una disposición aplicada a todos los empleados del ex Concejo Deliberante violentaría la garantía de la igualdad, o por qué el art. 19 podría resultar afectado por la modificación salarial, entre tantos otros interrogantes.

De tal manera, ni la queja ni el recurso han planteado en forma adecuada un caso constitucional que el tribunal deba decidir.

3. La lectura del proceso indica que, en lo atinente al planteo de inconstitucionalidad del acto de alcance general, la Sala II de la Cámara

confirmó la sentencia de primera instancia porque consideró que: a) los derechos reconocidos por la Constitución Nacional no son absolutos; y b) la disminución del haber resultante de la modificación de los rubros que integraban el salario de los agentes del ex Concejo Deliberante (incremento del sueldo y correlativa supresión de adicionales y suplementos) no constituyó una alteración sustancial del contrato, en atención al monto de la remuneración del actor.

Más allá de su acierto o error, el fallo de la alzada cuenta con fundamentos suficientes y razonables para justificar la decisión que adopta. Y el recurrente no efectúa una réplica eficaz de las razones que ilustran la sentencia, ni las rebate con otras de naturaleza constitucional. A todo evento, tampoco expone una estructura argumentativa que, por contraste, ponga en evidencia la irrazonabilidad de la decisión administrativa cuestionada y de la sentencia que rechazó su impugnación.

En suma: la discrepancia de la parte con el razonamiento efectuado por la Cámara no basta para establecer que la decisión objetada, más allá de su acierto o error, pueda ser considerada arbitraria, por lo que la queja planteada debe ser rechazada también a este respecto.

Este tribunal ha dicho desde antiguo 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 *CyJ, Fallos TSJBA*, I-1999, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 282 y ss., entre otros]. Al respecto, el tribunal cimero ha establecido que “(l)a doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados o que se reputan tales, sino que tiende 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*, 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 608 y 323:2196, entre otros).

Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Por los fundamentos expuestos por el Dr. Casás en su voto, y por el señor fiscal general adjunto en su dictamen de fs. 32/34 vta., considero que la queja planteada debe ser rechazada.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez José O. Casás.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La queja ha sido interpuesta oportunamente ante el Tribunal Superior (art. 33, L.P.T.). Sin embargo, tal como lo propone el voto de mi colega el juez José O. Casás, no puede ser admitida.

2. El recurso presentado por el Sr. Héctor Hugo Gelpi a fs. 17/19 es improcedente pues no exhibe una crítica adecuada de la resolución de la Sala II que denegó el recurso de inconstitucionalidad.

Las referencias que el quejoso formula a la resolución denegatoria son genéricas y carecen de justificaciones adicionales que las precisen o expliquen.

En tal sentido, el recurrente afirma que los jueces de la anterior instancia “han rechazado sin fundamento el recurso de inconstitucionalidad planteado, ya que el mismo estaba correctamente interpuesto y debidamente justificado como para abrir esta vía recursiva”.

Asimismo, el quejoso omite individualizar las normas constitucionales que considera vulneradas. Así, dice que: “no se trata como dice el tribunal ‘de un simple desacuerdo con lo resuelto’, sino (...) de groseras violaciones de normas constitucionales que han sido avasalladas y sobre las que el tribunal parece no haberse detenido en su análisis. El decreto en cuestión violó el derecho a mi retribución, disminuyendo de modo más que notorio el monto de la misma lo que constituye sin dudas una grave violación de normas constitucionales nacionales, locales y de la ley 24.588”.

A mayor abundamiento, el recurrente tampoco describe detalladamente los hechos relevantes de la causa ni los argumentos vertidos en las instancias previas.

Las deficiencias señaladas obstan a la autosuficiencia recursiva y autorizan la decisión que anticipara en el primer consid. de mi voto.

3. Por ello, voto por rechazar la queja interpuesta por el Sr. Héctor Hugo Gelpi a fs. 17/19.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Adhiero al criterio y a la solución propuestos por el señor juez de trámite, Dr. Casás, así como a aquello dictaminado por el fiscal general adjunto, en cuanto a que los agravios de la recurrente versan sobre materias no revisables por esta vía recursiva.

Sólo deseo agregar que, como lo sostuve recientemente en mi voto *in re* “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]’”, expte. n° 3565/04, resolución del 26/5/2005, la mayoría de los recursos fundados en esta llamada arbitrariedad de sentencia están desti-

nados al fracaso. El caso bajo estudio no es una excepción (conf. TSJ, *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 25/8/99 y sus citas en *CyJ, Fallos TSJBA*, I-1999, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 282 y ss., y “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo”, expte. n° 726/00, sentencia del 24/5/01, *CyJ, Fallos TSJBA*, III-2001, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 240 y ss., y “Caballero, Jorge Alberto y otros s/art. 71, Cód. Contrav. —causa 555-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 912/01, sentencia del 5/12/01, *CyJ, Fallos TSJBA*, III-2001, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 749 y ss.), pues para los recursos limitados por los motivos, esas decisiones, expresadas sintéticamente, aclaran que la mera discrepancia argumental con la sentencia recurrida no implica arbitrariedad o que la misma CSJN comprende a este motivo como excepcional, pues no tiene por objeto establecer una nueva instancia de mérito, ni corregir decisiones erróneas.

La propia CSJN —creadora de esta doctrina— advierte que “la... arbitrariedad posee un carácter estrictamente excepcional y exige, por tanto, que medie un apartamiento inequívoco de las normas que rigen el caso o una absoluta carencia de fundamentación (*Fallos*, 323:2879)”, así como que la tacha de arbitrariedad debe ser apreciada estricta y restrictivamente pues, según ella misma lo ha dicho: “La doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados (...) sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N.” (*Fallos*, 312:246, 389, 608, 1839, entre otros); este Tribunal, expte. n° 726/00, “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo”, sentencia del 24/5/2001, *CyJ, Fallos TSJBA*, III-2001, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 240 y ss.; expte. n° 912, “Caballero, Jorge Alberto y otros s/art. 71, Cód. Contrav. —causa 555-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, sentencia del 5/12/2001, *CyJ, Fallos TSJBA*, III-2001, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 749 y ss.).

Por ello, de conformidad con el dictamen del señor fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Rechazar* la queja planteada por Héctor Hugo Gelpi, a fs. 17/19.

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

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

LXI

“GALLETTA, CARMEN C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO”

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL. INADMISIBILIDAD:

Admisibilidad. Caso constitucional. Invocación genérica

de garantías constitucionales. Cuestiones de hecho y de prueba.

Derecho local. Arbitrariedad de sentencia. Gravedad institucional

Expte. nº 3080/04 - 29/6/2005

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Sra. Carmen Galletta interpuso acción de amparo contra la OSCBA “a efectos de poder ejercer la libertad de elección de la obra social”.

La sentencia de primera instancia acogió favorablemente la demanda.

2. La OSCBA apeló la sentencia que fue modificada por la Alzada.

La Sala II de la Cámara de Apelaciones condenó a la OSCBA:

a) a cumplir en el plazo de 30 días lo dispuesto por el art. 38 de la ley 472 “y una vez sancionadas esas normas y disposiciones o bien suscriptos los convenios necesarios peticione —esta vez en el plazo de cinco días— su adhesión al Sistema Integrado Nacional”; y

b) a brindar a la actora “prestaciones que no sean inferiores a las que los agentes del Seguro Nacional de Salud se encuentran obligados a prestar a sus afiliados (art. 28, ley 23.661)”.

3. La demandada dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 383/453), en relación con lo ordenado en el punto a) de la reseña precedente, que fue concedido por la Cámara (fs. 501 y vta.).

El Tribunal Superior rechazó el recurso de inconstitucionalidad (fs. 513/519).

4. La OSCBA interpuso recurso extraordinario federal (fs. 521/588). Corrido el traslado, la actora (fs. 592/606) y la Procuración General (607/610) solicitaron el rechazo del recurso.

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso extraordinario fue interpuesto en tiempo y forma. Sin embargo, él no puede ser admitido.

2. La OSCBA intenta articular, sin éxito, un caso constitucional a partir de una profusa y genérica invocación de principios y derechos de esa naturaleza y mediante la referencia a disposiciones de las leyes nacionales 23.660, 23.661, 24.241, 19.032 y 24.588.

La deficiencia señalada obsta a la procedencia del recurso en atención a lo dispuesto en el art. 15 de la ley 48.

El recurrente omite relacionar de manera directa e inmediata las normas constitucionales que considera vulneradas y la decisión que intenta conmovir por esta vía, cuando es requisito necesario para que pueda invocarse adecuadamente una relación de este tipo 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, en definitiva, derecho que no tenga raíz y fundamento constitucional.

Por otro lado, los argumentos expuestos por la OSCBA tienden únicamente a revisar cuestiones de hecho, prueba y derecho local que, por su naturaleza, resultan ajenas al control que realiza la Corte Suprema por vía del recurso extraordinario federal.

Por ejemplo, la sentencia cuestionada señala que la Cámara “constata que la actora, vencido el plazo establecido en el art. 37, no pudo ejercer la opción por otra obra social por no haberse efectuado la integración de la OSCBA al régimen nacional. Verifica que de acuerdo con el art. 38 de la ley, correspondía al Directorio proponer a los poderes legislativo y ejecutivo las reformas a las normas y el dictado de las disposiciones que se estimase necesarias para materializar tal integración y compatibilizar los regímenes de aplicación legales. La parte dispositiva de la sentencia recurrida manda al Directorio realizar, en el plazo que le fija, los actos que el art. 38 de la ley le ordena efectuar (...) la decisión judicial sólo ha conminado a la OSCBA a cumplir en un plazo determinado el mandato legal desatendido hasta ahora por el directorio de la obra social”.

3. La OSCBA plantea, como motivo del recurso, la denegatoria de la competencia federal decidida por el Tribunal. En este supuesto, la recurrente sólo reitera argumentos que fueron rechazados en esta instancia en atención al fallo de la CSJN *in re*: competencia n° 37.XL, “Lotártaro, María Laura c/OSCBA [Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires] y otros s/amparo [art. 14, CCBA]”, sentencia del 29/6/2004.

4. En cuanto a la alegada violación del derecho de defensa por afectación principio de congruencia, la recurrente insiste en defensas y manifestaciones que ya fueron consideradas y rechazadas por el tribunal al resolver el recurso de inconstitucionalidad (punto 4 de fs. 515/516) y no articula una cuestión federal que habilite el recurso en análisis.

5. La Obra Social también pretende introducir, mediante la causal de arbitrariedad, un caso constitucional por afectación de las garantías de la defensa en juicio y del debido proceso pero sólo expone su desacuerdo con la interpretación del tribunal sobre los alcances de la ley local 472.

La recurrente no advierte que “la tacha de arbitrariedad no cubre las discrepancias del apelante con respecto a la inteligencia asignada por la sentencia a problemas regidos por normas de derecho público local extrañas al remedio federal que se intenta” (*Fallos*, 308:1757) ni que “La doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados (...), sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la ‘sentencia fundada en ley’ a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N.” (*Fallos*, 312:246, 389, 608). Su admisión “no tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende sólo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema en que, a causa de ellos, quedan descalificados como actos judiciales (*Fallos*, 235:654; 244:384; 248:129, 528 y 584 otros)” (*Fallos*, 294:376).

6. El planteo formulado por la OSCBA respecto de la existencia de “gravedad institucional” tampoco es admisible. Este planteo requeriría, para su procedencia, de una “cuestión federal” que no existe en el caso tal como resulta de los apartados precedentes.

La Corte Suprema ha señalado que “la invocación de gravedad institucional no puede sustituir la inexistencia de cuestión federal que exige el art. 100 de la C.N.” (*Fallos*, 311:120).

Para agotar el examen, el recurrente tampoco explica adecuadamente, como lo exige la doctrina de la Corte Suprema ya citada, de qué manera la decisión del Tribunal Superior comprometería principios institucionales básicos de la Nación.

7. Por ello, voto por denegar el recurso extraordinario federal interpuesto por la OSCBA e imponer las costas a la recurrente, por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68, párr. 1º, CPCCN) ya que no median circunstancias que justifiquen apartarse de él.

Los jueces ANA MARÍA CONDE, JULIO B. J. MAIER y JOSÉ O. CASÁS dijeron:

Adherimos al voto de nuestra colega, la jueza Alicia E. C. Ruiz.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Coincido con la jueza Ruiz en que, no obstante haber sido interpuesto en tiempo y forma, el recurso extraordinario debe ser denegado.

2. El agravio referido a la competencia del fuero federal (fs. 587) es insustancial, como ya fue puesto de manifiesto en la resolución de fs. 513/519, en vista de lo resuelto por la CSJN *in re* “Lotártaro, María Laura c/OSCBA [Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires] y otros s/amparo [art. 14, CCBA]”, sentencia del 29/6/2004 (competencia n° 37.XL), a favor de la competencia local, conclusión que, por lo demás, la recurrente no rebate.

Los agravios en los que se invoca la doctrina de la arbitrariedad y el derecho de defensa, no exponen sino la discrepancia del apelante con el criterio con que las tres instancias que intervinieron en autos resolvieron cuestiones de hecho, prueba, y derecho local, es decir, no federales (art. 14 ley 48). Esos fundamentos, a su turno, privan a los agravios relativos a la violación de los arts. 14 bis, 31, 33, 75 inc. 2º, 125, 126, 129, y disposiciones transitorias séptima y decimoquinta, todos de la C.N., y las leyes nacionales 23.660, 23.661, 24.241, 24.588 y 19.032, de relación directa con lo resuelto en autos (conf. art. 15, ley 48).

Tampoco abona la posición del recurrente la invocación de una supuesta gravedad institucional cuyos extremos son ajenos a la cuestión de autos, y que sólo facultaría a la Corte Suprema a “prescindir de ciertos extremos formales, pero no a suplir la inexistencia de cuestión federal” (*Fallos*, 325:2534, entre muchos otros).

3. Por todo lo expuesto, voto por denegar el recurso extraordinario federal interpuesto por la OSCBA e imponer las costas a la recurrente por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68, párr. 1º, CPCCN).

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. Denegar el recurso extraordinario federal interpuesto por la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires, con costas.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y se devuelva, tal como está dispuesto a fs. 519, punto 2.

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

LXII

“GCBA S/QUEJA POR RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN:
‘LOCOCO, MARCELA C/GCBA S/EMPLEO PÚBLICO
(NO CESANTÍA NI EXONERACIÓN)’”

**RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad parcial.
Docente. Haberes. Rubros remunerativos y no remunerativos.
Liquidación. Regularización previsional. Principio de división
de poderes. Principio de congruencia. Cuestiones de hecho
y de prueba. Normas infraconstitucionales. Pronunciamiento
extra petita. Excepción de prescripción. Arbitrariedad de sentencia**

Expte. nº 3792/05 - 29/6/2005

VISTO:

El expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

I. La Sra. Marcela Lococo, docente dependiente de la Secretaría de Educación, demandó judicialmente al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires para que se lo condene a integrar al rubro sueldo básico, los siguientes adicionales: “suma fija no remunerativa docente”, “antigüedad suma fija no remunerativa”, “fondo educativo” y “antigüedad fondo educativo.

Asimismo, solicitó, la declaración de inconstitucionalidad de los decs. 4937/91 y 5787/91, en cuanto establecieron como no remunerativas las sumas correspondientes a los adicionales referidos. En tal sentido, afirmó, que la asignación del carácter ‘no remunerativo’ implicó un perjuicio respecto de los aportes previsionales que debieron efectuarse sobre ellos (fs. 1/2 vta. de la queja).

La actora requirió, además, el reajuste y la reliquidación retroactiva de los demás ítems que toman como referencia el rubro sueldo, con más sus intereses y costas.

La jueza de primera instancia rechazó la demanda, con costas (fs. 34/35, recurso de queja).

2. La parte actora interpuso recurso de apelación (fs. 164 y expresión de agravios de fs. 172/174, expediente principal).

La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario consideró que los suplementos tienen carácter remunerativo. Hizo lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte actora y dispuso que los adicionales “fondo educativo”, “suma fija no remunerativa docente”, “antigüedad suma fija no remunerativa” y “antigüedad fondo educativo” sean tomados como base a todos los efectos previsionales y se incluyan en la base de cálculo para determinar el salario anual complementario. En virtud de lo expuesto, concluyó que la Administración también les debe abonar a las actoras las diferencias salariales que surjan en concepto de salario anual complementario, incluidos sus intereses, por los períodos comprendidos entre la entrada en vigencia de los decs. 4937/91 y 5787/91 y el momento en que efectivamente se incluya a los adicionales en la liquidación del SAC. Finalmente, la alzada también ordenó que el Gobierno deberá presentarse ante el órgano previsional competente y allí, regularizar la situación respecto de las contribuciones debidas al sistema de jubilaciones y pensiones desde la entrada en vigencia de los decs. 4937/91 y 5787/91 (fs. 36/40, de la queja).

3. El Gobierno de la Ciudad interpuso recurso de aclaratoria. Expresó que la Sala omitió expedirse respecto de la defensa de prescripción planteada en la contestación de la demanda.

La Cámara rechazó la aclaratoria por considerar que si el Gobierno pretendía que se resolviera esa defensa no tratada en primera instancia, debió haberlo peticionado al contestar los agravios de la contraparte.

4. La Procuración General también planteó recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia de Cámara, a la que cuestiona por arbitrariedad.

La alzada no lo concedió porque consideró, como lo reseña en los fundamentos de su decisión, que “V.— En resumen: los agravios constitucionales expuestos son genéricos (esto es: formalmente inadecuados), carecen de relación con el caso y la doctrina de la arbitrariedad no ha sido expuesta de manera adecuada” (fs. 54 vta., de la queja).

Ante esa denegatoria, la Procuración General presentó a fs. 55/67 vta., la queja que tramita en autos.

5. El fiscal general adjunto, en su dictamen, consideró que se debe hacer lugar parcialmente a la queja, admitir el recurso de inconstitucional-

lidad y revocar la sentencia cuestionada en relación con la condena al Gobierno para que regularice ante la autoridad correspondiente la situación previsional de la actora. Además, planteó que se debe devolver el caso a la Cámara de Apelaciones para que se expida sobre la defensa de prescripción oportunamente articulada por la demandada (fs. 75/81, de la queja).

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. La queja planteada por la Procuración General reúne los requisitos de tiempo y forma ritualmente exigidos (art. 33 de la ley 402) y viene articulada frente a una causa cuyo contenido y desarrollo son sustancialmente similares a la caratulada “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)’, expte. n° 3565/04, sentencia del 26/5/2005, resuelta recientemente por el Tribunal.

2. En aquella queja, señalaba la Procuración que la sentencia era arbitraria y que afectaba, por ello, sus derechos constitucionales de defensa en juicio y propiedad. Las críticas planteadas en sustento de tal afirmación pueden agruparse en tres ejes argumentales:

- a) Violación al principio de división de poderes, ya que al modificar la naturaleza no remunerativa de los adicionales cuestionados la Cámara invadió atribuciones exclusivas de la Administración, y afectación al derecho de defensa, por no merituar los argumentos expuestos por la demandada y la sentencia de primera instancia en defensa del carácter no remunerativo de los adicionales.
- b) Violación al principio de congruencia por haber decidido una cuestión que no integraba la litis, al condenar al GCBA a presentarse ante el órgano previsional a los efectos de regularizar la situación de las contribuciones adeudadas respecto de la actora, lo cual también resultaría autocontradictorio ya que no se falló de la misma manera en cuanto a los aportes correspondientes.
- c) Violación del principio de congruencia al no pronunciarse sobre la defensa de prescripción de las diferencias salariales, oportunamente planteada por la demandada.

3. En respuesta a esos agravios, el tribunal, por mayoría (con la que coincidí sólo parcialmente, pero cuyo criterio considero debe ser mantenido en causas análogas, por ello aquí lo hago), en la ya citada causa “Farías” consideró:

A) Primer agravio: afectación al principio de división de poderes y al derecho de defensa al establecer la naturaleza remunerativa de los adicionales.

La quejosa no muestra que la decisión judicial referida al carácter remunerativo de los adicionales objeto de la controversia tenga relación directa con el principio de división de poderes o con las facultades constitucionales propias del Poder Ejecutivo.

Más allá de su acierto o error, el *a quo* ha desarrollado un fundamento posible para apoyar su pronunciamiento acerca de la naturaleza remunerativa de los adicionales salariales reclamados por la actora, que está presentado como independiente de las cláusulas constitucionales invocadas por la demandada. No constituye un defecto que haga caer el fallo la circunstancia de que no haya considerado todos y cada uno de los argumentos planteados por la demandada, puesto que no es deber del juzgador hacerlo sino respecto de aquellos relevantes para la solución de la controversia.

B) Segundo agravio: violación al principio de congruencia por haber decidido una cuestión que no integraba la litis

La condena impuesta al GCBA para que regularice ante el órgano previsional las contribuciones adeudadas en relación con la actora no fue objeto de la demanda. En el escrito de demanda, la accionante no planteó una pretensión tendente a que se regularice su situación previsional, cuestión que —en consecuencia— no integra la litis y que el demandado no pudo controvertir en el proceso.

El principio de congruencia, fundado la garantía constitucional a la defensa en juicio y consagrado legislativamente en los arts. 145, inc. 6° y 247 CCyT, exige que se presente una estricta correlación entre las pretensiones deducidas en juicio y la sentencia. Al obligar al GCBA a regularizar la situación previsional de la actora en lo correspondiente a las contribuciones patronales el juez falla *extra petita*, y ello lesiona el principio de defensa establecido tanto en la C.N. (art. 18), como en la CCBA (art. 13, inc. 3°).

C) Tercer agravio: violación al principio de congruencia por no pronunciarse sobre la prescripción de las diferencias salariales

El fallo de primera instancia rechazó la demanda sin pasar por la cuestión relativa a la prescripción. En tales condiciones, sólo a la actora cupo recurrir de su fallo. A su vez, el GCBA omitió reiterar el planteo en oportunidad de contestar el memorial con que la actora sostuvo su recurso, circunstancia que llevó a la Cámara a tenerlo por abandonado.

El tribunal estableció que exigirle a la Procuración replantear la prescripción, no obstante ello, al contestar agravios, implica desnaturalizar

dicha oportunidad procesal y realizar una interpretación excesivamente amplia del principio de eventualidad procesal, que vulnera el derecho a la defensa en juicio del recurrente. Resulta excesivo, en este orden de ideas, exigirle al demandado que reitere todas sus defensas, cuando ha obtenido un fallo favorable en la primera sentencia. La Cámara debió tratar, inmediatamente después de reconocer la obligación (liquidación y pago de sumas relativas al sueldo anual complementario de los agentes), la defensa de prescripción opuesta por el GCBA. El principio de congruencia, fundado en la garantía de la defensa en juicio (art. 18, C.N.), exige a los jueces pronunciarse sobre todas las pretensiones y defensas de las partes, susceptibles de gravitar en el resultado de la causa.

La prescripción, entonces, quedó implícitamente sometida a la decisión del tribunal de segunda instancia, en caso de que la sentencia recurrida fuera revocada, como ocurrió en la causa.

En conclusión, la resolución judicial impugnada constituye un supuesto de arbitrariedad del objeto de la decisión, por haber incurrido en una omisión motivada por la exigencia de una apelación imposible.

4. En suma, con apoyo en el criterio sentado *in re* “Farías”, mencionado *ut supra*, voto porque el Tribunal: 1) haga lugar parcialmente a la queja y al recurso de inconstitucionalidad interpuestos por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; 2) revoque la sentencia de fs. 187/191 en cuanto condena al Gobierno de la Ciudad a regularizar la situación de las contribuciones adeudadas; y remita las actuaciones a la Cámara de Apelaciones para que, por quien corresponda, se expida sobre la defensa de prescripción articulada por el Gobierno de la Ciudad; y 3) imponga las costas del recurso de inconstitucionalidad en el orden causado.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires satisface los requisitos de tiempo y forma (art. 33, ley 402) y habilita el tratamiento del recurso de inconstitucionalidad que oportunamente se dedujera.

2. El recurrente a fs. 45/45 vta. del expte. n° 3792 dice que: “el fallo que me agravia incurre en supuestos de arbitrariedad (...) porque: a) No atiende a las particularidades del caso. b) Afecta las atribuciones propias de los órganos ejecutivo y legislativo en cuanto a la superintendencia, escalafonamiento y régimen salarial de su propio personal. c) Decide cuestiones que no han sido planteadas por parte interesada (fallo *extra petita*), vulnerando así el principio de congruencia. d) Incurre en autocontradicción. e) Omite expedirse sobre cuestiones planteadas oportunamente (...). f) Vio-

la las facultades de la Administración de establecer la retribución de sus agentes, irrogándose el papel del legislador. *g*) Viola reglas elementales del proceso, al modificar una sentencia sin agravio de parte. *h*) Omitió pronunciarse sobre la excepción de prescripción interpuesta por mi parte al contestar demanda, violando nuevamente el derecho de defensa en juicio”.

3. De los agravios reproducidos en el apartado anterior me limitaré a la consideración del que se individualizara con la letra *h*), y ello porque tal como llega la cuestión a este estrado, entiendo que la decisión del tribunal debe evitar el fraccionamiento innecesario del *thema decidendum*, la generación de agravios prematuros y, por fin, preservar el orden y la prolijidad en el tratamiento de los diferentes tópicos involucrados en el proceso.

4. El caso constitucional se configura en tanto la Cámara omite el tratamiento de la defensa de prescripción, que el GCBA introdujera en oportunidad de contestar el traslado de la demanda.

La jueza de primera instancia que rechazó la demanda, lo hizo con argumentos que no requerían el análisis de la prescripción denunciada. La sentencia de Cámara, por el contrario, admitió el recurso de apelación de la actora e hizo lugar parcialmente a la acción deducida, sin considerar la defensa de prescripción.

Si bien la Cámara en una resolución aclaratoria posterior a la sentencia, y que no fue objeto de recurso, se expidió sobre el tema de la prescripción, habré de limitarme al análisis del fallo apelado, ya que la referida aclaratoria no modifica el decisorio cuestionado y por lo tanto subsiste el agravio sobre la falta de tratamiento de aquella defensa.

5. La cuestión suscitada en estos actuados evoca el instituto de la apelación adhesiva implícita: quien no apela una sentencia porque le da la razón, ¿debe hacer valer ante la alzada que la revoca, las defensas que no fueron consideradas en la instancia previa? No es así. Quien triunfa en un proceso sólo tiene la carga de contestar agravios, pero no de conjeturar acerca de qué hubiera decidido el magistrado recurrido si hubiera considerado las defensas no tratadas y oportunamente introducidas. Menos aún está obligado a reiterarlas cuando se le da traslado de la apelación.

La alzada que modifica el sentido de un fallo, en cambio, debe atender los capítulos propuestos a la decisión de la primera instancia (conf. arg. art. 247, CCAYT), porque los jueces están obligados a mantener la igualdad de las partes en el proceso (conf. art. 27, CCAYT). Si se impusiera a una de ellas al tiempo de contestar agravios, la carga de reiterar las defensas que no se tomaron en cuenta en la instancia anterior, se estaría creando por vía pretoriana una norma que atenta contra el principio de legalidad.

La regla que regula la impugnación de las resoluciones judiciales está definida por la interacción de los arts. 133 *in fine*, 242 y 247 del CCaYT, regla que determina que la competencia se abre en la medida en que una de las partes apele y exprese agravios. Su actuación no importa para la otra, que no apela o que contesta deficientemente, la renuncia a ninguna de las defensas u oposiciones que hubiera interpuesto contra el progreso de la pretensión. Es decir, no opera en la impugnación de las resoluciones el mismo orden que rige entre demanda y contestación, porque aquí se integran oposiciones y defensas según expresa regulación de la ley procesal.

En síntesis, contestado o no el traslado de la apelación, el vencedor en primera instancia no consiente la pretensión recursiva del perdedor, y las defensas y alegaciones que hubiera planteado conservan vigencia y su consideración no puede ser omitida por la segunda instancia, como sucediera en este caso. Una interpretación diferente viola la igualdad procesal y el derecho de defensa en juicio (art. 18, C.N.). Es por estas razones que la afectación que la sentencia produce por la omisión referida basta, a mi juicio, para admitir el recurso y no corresponde el tratamiento de los restantes agravios como lo explicara más arriba.

6. Por lo expuesto, voto por:

- a) hacer lugar parcialmente al recurso —en el punto relativo a la falta de tratamiento de la defensa de prescripción— y remitir el expediente a la sala que sigue en orden de turno para que se pronuncie sobre el particular;
- b) cumplido con lo dispuesto en el punto anterior y vencido el plazo para impugnar por vía extraordinaria o, en su caso, sustanciados los eventuales recursos, disponer que la causa sea devuelta al Tribunal, para que considere los restantes agravios deducidos, y
- c) diferir el tratamiento de las costas para esa oportunidad.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. La queja interpuesta por el GCBA fue deducida en tiempo y forma oportunos (art. 33, ley 402). Empero, según se verá, ella prospera sólo parcialmente.

2. Como lo advierte el señor juez de trámite en el primer considerando de su voto, la queja impetrada viene articulada frente a una causa sustancialmente similar a la caratulada “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)’”, expte. n° 3565/04, sentencia del 26/5/2005.

Al igual que en aquella causa, la circunstancia de que el recurso de hecho abunde en la denuncia de arbitrariedades no significa, de modo alguno, que la recurrente no haya articulado plausiblemente ciertos problemas que afectan la sentencia. Dejo de lado la primera crítica constitucional planteada por la Procuración, relativa al *principio de división de poderes*, puesto que el hecho de que alguien demande al Estado ante los órganos judiciales competentes con el fin de impugnar decisiones administrativas, no puede representar sino el ejercicio de un derecho por parte del administrado, en este caso del agente. Por ello es que en ese ítem, el recurso de queja es improcedente, como lo es también la crítica de la sentencia por falta de competencia del órgano que la dictó, razón por la cual a este respecto la queja debe ser rechazada.

3. También debe rechazarse el recurso interpuesto respecto de la interpretación que la sentencia de Cámara concede a los rubros remuneratorios reclamados, en tanto, precisamente, los titula como remuneratorios, frente a una impugnación de inconstitucionalidad de la propia demanda sobre las reglas que consideran a esos rubros de otra manera. A esta interpretación no le alcanza el recurso, pues constituye sólo una discrepancia de mérito —hecho o derecho común— con aquello que fue interpretado.

En efecto, el tribunal no tiene competencia para decidir cuestiones relativas al hecho, su prueba y la adecuación del Derecho “infraconstitucional” al caso. El recurrente sólo formuló reproches fácticos y críticas concernientes a la interpretación de normas que carecen de rango constitucional (decs. locales 4937/91, 5787/91, ordenanza local 40.593 —Estatuto del Docente Municipal—, ley nacional 18.037, vigente en el ámbito de la Ciudad, conf. dec. 1645/78), sin impugnarlas fundadamente desde ese ángulo imprescindible. No morigera el temperamento señalado el hecho de que haya sido la actora quien invocó ante los tribunales de grado los arts. 14, 14 bis, 16, 17 y 18 de la C.N., porque el GCBA —su contraparte recurrente—, no vinculó sino tangencialmente y sin desarrollo argumentativo de ninguna especie algunos de esos reproches (fundamentalmente, el relativo a la supuesta transgresión a la garantía del art. 18, C.N.) con su recurso por arbitrariedad, de manera de establecer una verdadera cuestión constitucional (conf. este Tribunal *in re* “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Novik, Jorgelina Carla y Wlodkowsky, Irene c/GCBA s/amparo’”, expte. n° 1465/02, resolución del 24/4/2002; “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. n° 1309/01, resolución del 6/3/2002 y sus citas).

Asimismo, el tribunal ya ha expresado, múltiplemente, que la referencia ritual a derechos y/o principios constitucionales, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente para fundar el recurso por inconstitucionalidad, ya que si bastara la invocación genérica de un derecho, principio o garantía de raigambre constitucional, este Tribunal se vería convertido en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad, posibilidad inadmisibles en el marco del recurso extraordinario local (conf. *CyJ, Fallos TSJBA*, II-2000, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 20 y ss., en: “Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja”, expte. n° 131/99, resolución del 23/2/2000; más próximo al momento actual: expte n° 1898/02, “Droguería Americana c/GCBA —DGR— [resol. 7346-DGR/91] s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR’ s/recurso de apelación ordinario”, sentencia del 17/11/2003).

4. En el primer punto de mi voto en la causa “Farías”, compartí ciertas reflexiones que hacen a la estimación teórico-constitucional que me merece lo que llamé, entonces, “el gentilicio *arbitrariedad*”. Esta “estimación” (en verdad, una comprensión amplia del derecho en la que el capítulo de la arbitrariedad colide, casi invariablemente, con la concepción que subyace a institutos jurídicos que, especialmente en materia penal, yo considero valiosos) me impide reputar a la ausencia de “arbitrariedad” —falta, escasez o ilogicidad de fundamentos— como un requerimiento constitucional de toda decisión judicial *sine qua non* (conf. mi voto en “Compañía Meca S.A. c/DGR [resol. 429-DGR/00] s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 2630/03 y sus acumulados exptes. n° 2538/03 y n° 2585/05, sentencia del 12/8/2004).

Si, como sostuve en mi voto *in re* “Farías”, la mayoría de los recursos fundados en esta llamada arbitrariedad de sentencia están destinados al fracaso, el caso bajo estudio no es una excepción (conf. TSJ *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 25/8/99 y sus citas en *CyJ, Fallos TSJBA*, I-1999, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 282 y ss., “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo”, expte. n° 726/00, sentencia del 24/5/01, *CyJ, Fallos TSJBA*, III-2001, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 240 y ss., y “Caballero, Jorge Alberto y otros s/art. 71, Cód. Contrav. —causa 555-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 912/01, sentencia del 5/12/2001, *CyJ, Fallos TSJBA*, III-2001, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 749 y ss.), pues para los recur-

sos limitados por los motivos, esas decisiones, expresadas sintéticamente, aclaran que la mera discrepancia argumental con la sentencia recurrida no implica arbitrariedad o que la misma CSJN comprende a este motivo como excepcional, pues no tiene por objeto establecer una nueva instancia de mérito, ni corregir decisiones erróneas. La propia CSJN —creadora de esta doctrina— advierte que “la doctrina de la arbitrariedad posee un carácter estrictamente excepcional y exige, por tanto, que medie un apartamiento inequívoco de las normas que rigen el caso o una absoluta carencia de fundamentación (*Fallos*, 323:2879)”, así como que la tacha de arbitrariedad debe ser apreciada estricta y restrictivamente pues, según ella misma lo ha dicho: “La doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados (...) sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N.” (*Fallos*, 312:246, 389, 608, 1839, entre otros); este Tribunal, expte, n° 726/00 “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo”, sentencia del 24/5/01, *CyJ, Fallos TSJBA*, III-2001, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 240 y ss.; expte. n° 912, “Caballero, Jorge Alberto y otros s/art. 71, Cód Contrav. —causa 555-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, sentencia del 5/12/2001, *CyJ, Fallos TSJBA*, III-2001, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 749 y ss.).

5. Subsisten todavía, sin embargo, dos problemas que superan el mero calificativo sustantivado de *arbitrariedad* en la sentencia. El primero es el tratamiento que corresponde asignar a la condena que la Cámara *per se* impone al GCBA para que se presente ante la autoridad previsional a los fines de regularizar su situación frente a las contribuciones que adeudaría, como consecuencia del pronunciamiento que se dicta. En efecto, se establece en el cap. XII de la sentencia de Cámara (fs. 190 vta., expediente principal), a la manera de una declaración y de una condena, la obligación de tomar como base aquellas sumas a los “efectos previsionales” y de contribuir, en el plazo que fija la sentencia, con ese sistema y con las sumas correspondientes. La demanda no contiene, ni estimo que podría contener por razones de legitimación material, el pedido de una condena del demandado a abonar sumas a algún ente previsional. La sentencia se pronuncia así *extra petita* y ello, según es conocido, lesiona el principio de defensa establecido tanto en la C.N. (art. 18), como en la local (art. 13, inc. 3°), problema mencionado por el recurso como objeto de crítica. Por

lo tanto, la queja debe ser acogida a este respecto y el recurso de inconstitucionalidad apoyado, en el sentido de que la sentencia debe ser revocada en todo cuanto decide en esos puntos.

6. El segundo problema constitucional, que también menciona el recurso, se refiere a la falta de tratamiento de la cuestión relativa a la prescripción opuesta por el GCBA, lo cual interesa al principio constitucional de defensa. La Cámara explica el hecho de no haberse pronunciado sobre esta defensa por invocación de su falta de repetición ante la segunda instancia (apelación). Pero si se observa que el GCBA, demandado en la ocasión, había triunfado en el pleito, por rechazo de la pretensión de los actores, también se explica, por carencia de agravio, la falta de reiteración del planteo de prescripción en oportunidad de contestar el memorial con que la actora sostuvo su recurso. Para ello es necesario entender que, cuando los tribunales de apelación revocan fallos absolutorios o que no hacen lugar a la demanda, dictan ellos la primera resolución adversa para el demandado, esto es, reconocen por primera vez la obligación y condenan por primera vez. Se trata, entonces, de una decisión que, aunque dictada en una segunda instancia, si nos remitimos a la línea de organización jerárquica es, para el demandado, una *primera* decisión de condena. Resulta excesivo exigirle al demandado que reitere todas sus defensas, cuando ha obtenido un fallo favorable en la primera sentencia. La Cámara debió tratar, inmediatamente después de reconocer la obligación (liquidación y pago de sumas relativas al sueldo anual complementario de los agentes), la defensa de prescripción opuesta por el GCBA. En este sentido, debe reenviarse el caso al tribunal correspondiente, para que dicte una nueva sentencia que tome a su cargo, en la decisión, la defensa de prescripción de las obligaciones allí decididas (cosa juzgada parcial).

7. De tal manera, coincido con el dispositivo que propone el señor juez de trámite, en tanto, el dispositivo que yo propongo supone: *a)* hacer lugar parcialmente a la queja y al recurso de inconstitucionalidad interpuestos por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; *b)* revocar la sentencia en cuanto condena al GCBA a regularizar la situación de los aportes previsionales; *c)* y anular el fallo parcialmente, para que el tribunal de mérito que corresponda asuma la solución de la defensa de prescripción. Por lo demás, las costas del recurso de inconstitucionalidad deben ser soportadas por el orden causado puesto que, con referencia a él, existen vencimientos recíprocos.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Conforme lo destaca el juez Luis F. Lozano, el caso sometido a estudio del tribunal, tanto en su contenido como desarrollo, es sustancialmen-

te similar al expte. n° 3565/04 caratulada: “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)’”, en el que el tribunal dictó sentencia el 26/5/2005.

En dicho pronunciamiento, en el que intervino como jueza preopinante, expuse argumentos análogos a los ponderados por el Dr. Lozano en el voto que antecede. Por esa razón y en homenaje a la brevedad, me remito a lo expuesto por este magistrado, como así también a los fundamentos que exterioricé en aquella oportunidad y que me llevaron, —al igual que en el presente caso—, a concluir, de conformidad con el dictamen del fiscal general adjunto, que debe admitirse la queja y hacerse lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad planteado y, en consecuencia, *a)* revocarse la sentencia de Cámara en cuanto a la condena de regularizar la situación de las contribuciones adeudadas; *b)* remitirse las actuaciones a la Cámara de Apelaciones a fin de que, por quien corresponda, se expida sobre la defensa de prescripción articulada por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y *c)* se impongan las costas en el orden causado, habida cuenta de existir vencimientos parciales y mutuos (art. 65, CCAyT).

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Tal como lo destacan mis colegas, corresponde reiterar en el presente caso los argumentos vertidos por el tribunal al sentenciar la causa 3565/04 caratulada “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado” en: ‘Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)’”, pronunciamiento del 26 de mayo próximo pasado.

2. Sobre la base de lo expresado por el suscripto en el precedente antes citado, adhiero a la solución que propicia el señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano, en cuanto sostiene que la demandada, el GCBA, no logra esbozar un verdadero caso constitucional referido a la supuesta violación al principio de división de poderes, generada por la decisión de la Cámara que atribuyó carácter remunerativo a los suplementos consignados por los actores en la demanda.

También comparto la propuesta del señor juez de trámite en punto a la orden de remisión del expediente a la Cámara para que, por quien corresponda, se expida sobre la defensa de prescripción opuesta oportunamente por el GCBA.

Este punto, así lo voto.

3. Tal como lo sostuve en “Farías”, considero que la parte demandada, en cambio, logra exponer un verdadero caso constitucional a partir de

la alegada violación al principio de congruencia que resiente la garantía del debido proceso.

La quejosa alega que “para los aportes de la actora, [la Cámara] considera que el tema excede el marco de esta causa, para las contribuciones de mi parte, en cambio, dispone que el GCBA se presente al organismo previsional y arribe a una solución acorde con las particularidades del caso” (fs. 58 de esta queja).

En efecto, considero que la sentencia de la alzada violenta el principio de congruencia, dado que incurre en autocontradicción cuando en el punto XII a) establece que los adicionales en cuestión “se deben tomar como base a todos los efectos previsionales” y, luego, en el punto XII b), dispone concretamente que “el Gobierno deberá presentarse ante el órgano previsional competente y, allí, regularizar la situación respecto de las contribuciones debidas al sistema de jubilaciones y pensiones desde la entrada en vigencia de los decs. 4937/91 y 5787/91” (fs. 190 vta., autos principales).

Como lo sostuve en el precedente citado, la declaración del carácter remunerativo de los rubros creados por los decs. 4937/91 y 5787/91 trae aparejadas, como necesaria y directa implicancia, distintas consecuencias que, en principio, no resultan susceptibles de ser recortadas o seccionadas sin una fundamentación plausible. Ello impide considerar al punto b) del pronunciamiento bajo análisis como la ‘sentencia fundada en ley’ a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N. y, por lo tanto, el mismo debe ser revocado. No obstante, parece oportuno puntualizar que, al momento de ejecutar la sentencia, se deberán tener en cuenta todos y cada uno de los efectos que se derivan del reconocimiento del carácter remunerativo de los mentados suplementos.

Finalmente, en mi modesta opinión, considero que la Cámara no ha resuelto el proceso *extra petita*, pues 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. Por ello, es mi parecer que todo lo que hace al esclarecimiento de la posición de las partes con relación a su situación previsional (tanto hacia el pasado, como hacia el futuro), se encontraba dentro de los términos en los que fue trabada la *litis* según la letra del escrito de demanda y su contestación (véase en especial fs. 42 vta., autos principales). Entonces, decidido que los suplementos son remunerativos y se deben tomar como base *a todos los efectos previsionales*, las acciones, operaciones y parámetros que deberán seguirse para cum-

plir aquella directiva (y los eventuales problemas que se pueden llegar a generar) deberán ventilarse en el proceso de ejecución de sentencia, por supuesto que a la luz del contenido del pronunciamiento que ahora se revoca parcialmente. Asimismo, deberá tenerse en cuenta la decisión que defina los períodos por los cuales debe reconocerse la naturaleza remunerativa de los adicionales, luego de dar respuesta a la defensa de prescripción incoada por el GCBA.

Este segundo punto, así lo voto.

Las costas deben imponerse en el orden causado toda vez que existen vencimientos recíprocos.

Por las consideraciones expuestas, corresponde: *a)* hacer lugar parcialmente a la queja y al recurso de inconstitucionalidad interpuestos por el GCBA; *b)* revocar el punto XII b) de la sentencia de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario obrante a fs. 187/191; *c)* remitir las actuaciones a la Cámara para que, por quien corresponda, se expida sobre la defensa de prescripción oportunamente articulada por el GCBA; y *d)* imponer las costas del recurso en el orden causado.

Por ello, oído el fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Hacer lugar* parcialmente a la queja y al recurso de inconstitucionalidad interpuestos por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2°. *Revocar* la sentencia de fs. 187/191 en cuanto condena al Gobierno de la Ciudad a regularizar la situación de las contribuciones adeudadas y *remitir* las actuaciones a la Cámara de Apelaciones para que, por quien corresponda, se expida sobre la defensa de prescripción articulada por el Gobierno de la Ciudad.

3°. Imponer las costas del recurso de inconstitucionalidad en el orden causado.

4°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva a la Cámara como está dispuesto en el punto 2.

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

LXIII

“MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA OFICIAL
EN LO CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 4—
S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD
DENEGADO, EN: ‘FERNÁNDES, HÉCTOR OMAR
S/INFRACCIÓN ART. 47, CÓD. CONTRAV. — APELACIÓN”

RECURSO DE QUEJA: Suspensión.

Admisibilidad. Interpretación más favorable al procesado

Expte. nº 4029/05 - 1º/7/2005

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

En el recurso de queja de fs. 49/60 el defensor oficial de Héctor Omar Fernández solicita que este Tribunal asigne efecto suspensivo a dicha presentación conforme lo previsto por el art. 33, párr. 4º de la ley 402, en atención a la naturaleza de las cuestiones planteadas que, a su criterio, impiden la ejecución de la resolución dictada por la Cámara de Apelaciones (fs. 25/33).

FUNDAMENTOS:

Los jueces LUIS F. LOZANO y ANA MARÍA CONDE dijeron:

Por no acreditar razones que habiliten la suspensión del curso del proceso (art. 33, párr. 4º, ley 402) corresponde no hacer lugar a lo solicitado en el punto 1 del petitorio de fs. 60 vta.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

En virtud de que me es imposible expedirme acerca de lo solicitado en el punto 1) del petitorio de fs. 60 vta. sin avanzar sobre cuestiones relativas a la admisibilidad o inadmisibilidad de la acción, voto por hacer lugar al pedido de suspensión que realizó la defensa por tratarse en el caso de la interpretación más favorable al procesado.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Sin perjuicio del estudio del recurso para la deliberación correspondiente del tribunal, estimo que la petición de asignarle efecto suspensivo al recurso (IX, Petitorio, 1) no menciona argumento alguno que amerite

dejar sin efecto, en el caso, la regla general relativa a la queja, esto es, aquella que concede presunción de certeza a la decisión del *a quo* que consideró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad ante el tribunal.

Por lo demás, una lectura rápida del recurso de queja no me permite conocer exactamente cuál es el contenido real de los hechos procesales cumplidos en el caso. Por lo tanto, coincido con la solución propuesta por el señor juez de trámite sobre el punto a dilucidar y le pido de su amabilidad que, durante el período de mi estudio, requiera los autos principales al tribunal en el cual éstos se hallan.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *No hacer lugar* a lo solicitado en el punto 1 del petitorio de fs. 60 vta.

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

El juez José O. Casás no suscribe la resolución por estar en uso de licencia.

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

LXIV

“PARTIDO UNIÓN Y LIBERTAD
—CAPITAL FEDERAL— S/PERSONERÍA”

MATERIA ELECTORAL: Tribunal Superior de Justicia.

Competencia. Justicia federal. Partido político. Intervención. Art. 31 de la C.N.

Expte. nº 2230/03 - 4/7/2005

VISTO:

El expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

1. A fs. 51 y vta. se presenta la abogada María Rosa Negre invocando la calidad de interventora del partido Unión y Libertad del distrito Capi-

tal Federal y, con sustento en la documentación de fs. 40/50 que acompaña, solicita se tenga por acreditada la intervención de la agrupación mencionada dispuesta por el partido nacional y a la nombrada como interventora. Pide, asimismo, que “se tenga por iniciado el trámite en los términos del dec. nac. 535/05, con el objeto de que el Partido Unión y Libertad (P.U.L.) distrito Capital Federal por sí y/o integrando la alianza Frente Popular, pueda participar con candidatos Nacionales, Provinciales y Municipales en las próximas elecciones del 23/10/2005”.

2. A fs. 53 se expide el señor fiscal general propiciando que el tribunal decline su competencia y remita las actuaciones a la justicia federal electoral.

FUNDAMENTOS:

Los señores jueces JULIO B. J. MAIER, JOSÉ O. CASÁS, ANA MARÍA CONDE, LUIS F. LOZANO y ALICIA E. C. RUIZ dijeron:

1. La presentación en examen concierne a la intervención del partido Unión y Libertad del distrito Capital Federal, dispuesta por el partido nacional que integra en los términos del art. 8 de la ley nacional 23.298.

El tribunal no es competente para conocer de tal cuestión que involucra a un partido con personería en el distrito otorgada por la justicia federal con competencia electoral (véase fs.1/4), y que actúa en el orden local en el marco de la Constitución y leyes de la Ciudad. (véase fs. 30)

La CSJN ha expresado reiteradamente que ante la concurrencia de normas y autoridades de aplicación, cuando se trata de actos comunes, relacionados con ambos órdenes de partidos —como lo son los concernientes a la intervención de los órganos de gobierno del partido Unión y Libertad del distrito Capital Federal— por virtud del principio que consagra el art. 31 de la C.N. corresponde la aplicación de las normas federales y el conocimiento de la justicia federal con competencia electoral en el distrito (*Fallos*, 286:53; 305:926; 307:1790; 321:607, entre otros, y este Tribunal en expte. n° 2249/03, “Lidia Hernández s/intervención judicial”, resolución del 20/6/2003; y expte. n° 3908/05, “Monarca, Gloria y otro c/Partido Justicialista de la Ciudad de Buenos Aires”, resolución del 6/4/2005).

Ello así porque la presentación excede el ámbito de una simple comunicación, en la medida que pide que se tenga por acreditada la intervención y a la presentante como interventora, sin mención alguna —por otra parte— de que se haya efectuado tales requerimientos al juzgado federal electoral con competencia en el distrito Capital Federal.

2. El conocimiento de la pretensión formulada en el punto d) del petitorio también es ajeno a la competencia del tribunal. Se trata de la

aplicación de normativa nacional (dec. 535/05) concerniente al proceso de internas abiertas para elegir precandidatos a cargos electivos a nivel nacional (ley 23.298, art. 29 bis; y decs. 292/05 y 451/05), cuyo conocimiento corresponde también a la justicia federal electoral (art. 6º, ley 23.298 y arts. 44, inc. 2.a], CEN y 12, inc. 2.a], ley 19.108).

Por ello, y de conformidad con el dictamen del señor fiscal general,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Declarar* su incompetencia para conocer de la presentación de fs. 40/51 vta.

2º. *Ordenar* su desglose y, con copia certificada de esta resolución, disponer su remisión al juzgado federal electoral del distrito Capital Federal.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique a la presentante y al señor Fiscal general, y se cumpla.

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

LXV

“CORNE, ROBERTO MIGUEL C/GCBA
S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO”

AMPARO: Recurso de inconstitucionalidad. Admisibilidad. Principio de congruencia. Empleo público. Reincorporación a planta permanente. Concurso público. Facultades del jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Convenio sobre la Inspección del Trabajo 81 (OIT). Servicio de inspección laboral. Funcionario público. Gravedad institucional. Arbitrariedad de sentencia. Principio de división de poderes. Control judicial

Expte. nº 3827/05 - 5/7/2005

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Roberto Miguel Corne inició una demanda de amparo contra el GCBA para que se lo reintegre a su empleo, se lo incorpore en forma definitiva a la planta permanente de la administración pública local y se le abonen los salarios caídos desde el 1/2/2002 hasta su reincorporación. La jueza de primera instancia hizo lugar parcialmente a la demanda y ordenó al Gobierno que reincorpore al actor como empleado interino hasta tanto sustancie el concurso público para cubrir el cargo. También condenó al Gobierno a abonar una suma por indemnización de daños y perjuicios. La sentencia tuvo en cuenta que la incorporación del actor a la Administración pública mediante un contrato vulnera lo dispuesto por la ley 471 y afecta la garantía de estabilidad del empleo público prevista en la Constitución Nacional.

2. La Procuración General planteó el recurso de apelación. La alzada modificó la sentencia revocando el pago de la indemnización y la confirmó en lo demás. Para ello, puso énfasis en ciertas disposiciones del Convenio n° 81 de la Organización Internacional del Trabajo (ratificado por ley 14.329) relativo a la inspección del trabajo en la industria y el comercio, cuya aplicación en la jurisdicción local prevé el art. 43, CCBA.

3. La Procuración General interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 245/256). El actor no contestó el traslado del memorial. La Cámara concedió el recurso pues, por las razones expuestas por la Procuración, “se encuentra controvertida la interpretación y aplicación de los artículos 43, 102 y 104 de la CCBA, como así también la ley 471 de esta ciudad y la aplicación al caso de la ley 265 y el Convenio 81 de la Organización Internacional del Trabajo” (fs. 261).

4. El fiscal general adjunto propone que se haga lugar al recurso y se revoque la sentencia recurrida ya que ésta viola el principio de congruencia (fs. 268/272).

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El actor aceptó la sentencia de Cámara que condena al GCBA a restituirlo en su empleo hasta tanto disponga el concurso público de ingreso a la función, de manera que consintió la exclusión de los demás rubros o aspectos que contenía su demanda. De tal manera, la única cuestión sobre la cual subsiste interés se vincula con la condena impuesta en relación con su situación laboral, antes descripta.

2. La Procuración General cuestiona la sentencia porque:

- a) afecta la facultad del jefe de gobierno de designar al personal del PE y de administrar y planificar la gestión del Gobierno (arts. 102 y 104, inc. 9º, CCBA);
- b) dispone la aplicación del Convenio sobre la Inspección del Trabajo 81 de la O.I.T. (año 1947) al actor, cuando él no cumplía las funciones previstas en ese convenio al momento del vencimiento de su contrato;
- c) “constituye un hecho de suma gravedad institucional si se tiene en cuenta la gran cantidad de personal contratado bajo el régimen de locación de servicios que actualmente se desempeña en el ámbito de la Ciudad” (fs. 246).

En tanto el recurrente discute la interpretación y aplicación de los arts. 43, 102 y 104, inc. 9º, de la CCBA y del Convenio 81 de la OIT efectuadas por la alzada al resolver la apelación, el recurso plantea un caso constitucional a decisión de este Tribunal, caso que ha merecido ya la apertura del recurso y resolución de apertura del recurso que no voy a discutir por ser innecesario.

3. La situación de hecho sobre la base de la cual se debe decidir resulta descripta sintéticamente en el punto n° 6 de la sentencia de la Cámara (fs. 237 vta.). Ello resta importancia a cierto agravio planteado alrededor de la aplicación del Convenio n° 81, de la OIT, porque el agravio se funda en una cuestión de hecho —la posición funcional del actor al tiempo de ser excluido del servicio público—, ya resuelta por el tribunal de mérito al valorar la prueba, en el lugar indicado, y, por ello, escapa a la competencia del TSJ, que debe decidir, precisamente, sobre la base de la plataforma fáctica desarrollada en la sentencia atacada, última y definitiva respecto del análisis de la prueba.

4. Cabe comenzar por lo más sencillo. Aludir a la llamada *gravedad institucional* por denuncia de la gran cantidad de agentes públicos contratados transitoriamente (fs. 246) parece cambiar de polo el reproche, pues, incluso conforme a las disposiciones de la ley de empleo público n° 471, lo grave parece ser este modo de incorporación a la función pública por contrato y, en cambio, ningún significado similar puede tener el hecho de que uno de esos agentes reclame aquello que él entiende que le corresponde. Aún sin consentir la doctrina de la *gravedad institucional*, creada por la CSJN para ampliar su competencia en casos extremos y superar aquello que dio en llamarse *ápices formales* para la procedencia del recurso extraordinario federal, lo cierto es que tal argumento, en el caso, no se vin-

cula con estos fines sino, antes bien, con la llamada “razón de Estado”, traída a colación por el GCBA, para evitar el control de legalidad que requiere el Estado de derecho. El argumento no puede conducir a la revocación de la sentencia y resulta tan sólo aparente.

5. Otro tanto cabe advertir acerca de la referencia del recurso a los arts. 102 y 104, inc. 9º, CCBA. Una cosa resulta ser la competencia del señor jefe de Gobierno como jefe de la Administración y, por tanto, órgano que designa a sus colaboradores y otra, muy distinta, la constituye el derecho de los empleados y funcionarios públicos de reclamar del Estado cualquier violación del estatuto legal que los rige y conducir el caso ante los órganos judiciales encargados del control. La sentencia de la Cámara no ha sido la que ha designado al empleado que hoy reclama judicialmente como actor por su situación, sino que, por lo contrario, ha decidido acerca de la facultad del PE para disponer la desvinculación del amparista, un caso de empleo público como tantos otros. Dicho en términos más sencillos, nadie le impuso al PE el nombramiento del actor y la sentencia sólo considera ilegítima la desvinculación del Sr. Corne y reestablece su derecho. No es posible afirmar que el hecho de que los jueces decidan la controversia entre la Administración y el actor, conforme lo prevé el art. 106 de la Constitución local, constituye un apartamiento de su función y una destrucción del principio republicano de la división de poderes; por lo contrario, ello responde a la matriz institucional de la CABA y de la Nación, y constituye una aplicación correcta de la función establecida para el Poder Judicial en las constituciones respectivas. Desde este punto de vista, el ataque a la sentencia tampoco puede triunfar.

6. Más allá de que la sentencia se sostiene no sólo por la interpretación del art. 43 de la CCBA, en tanto aplica el Convenio sobre la Inspección del Trabajo 81 de la OIT (año 1947), sino que, además, resulta fundada por una vía legal paralela, de modo que cualquiera que sea la interpretación de ese convenio la decisión de la sentencia permanece fundada y aparece como justa, creo también, como el recurso, que la aplicación del convenio resulta errónea, pero con otro fundamento. Así como pienso que la cláusula que prohíbe reducir la retribución decidida para los jueces en la C.N., 110, no representa una garantía, privilegio o fuero personal del juez (C.N., 16), sino que, antes bien, significa un mecanismo político para lograr la ansiada *independencia judicial*, en especial, para evitar la injerencia de los otros poderes del Estado en las decisiones judiciales —sobre lo cual es pública mi posición: *Derecho procesal penal*, t. I, § 7, B, 2, III, pp. 747 y ss.—, también estimo que el art. 6º del Conve-

nio citado no es una garantía del inspector laboral, como funcionario público, sino, por lo contrario, un mecanismo para asegurar la eficacia e independencia del control del cumplimiento de aquellos derechos que corresponden al operario o trabajador. En efecto, todo el convenio tiende a asegurar esas inspecciones y, por ello, como en el caso de los jueces, se refiere a las características del servicio de inspección laboral y manda, entre otras cosas, a que él sea ejecutado por personas con categoría de funcionarios públicos, con estabilidad en el empleo e independientes de los cambios de gobierno y de cualquier influencia exterior indebida. El convenio no pretende garantía alguna para el funcionario público que ejecuta el servicio de inspección, sino, antes bien, pretende lograr la *independencia* de criterio del servicio de inspección laboral en garantía del operario o trabajador que necesita de ese servicio. De la misma manera que los funcionarios que no respeten la *estabilidad* de un juez o su compensación resultarían criticables por los mismos mecanismos previstos para su remoción, al dejar de cumplir con su deber, resulta criticable un servicio de inspección que cumplen personas que no reúnen las condiciones previstas en el Convenio (OIT, 81, art. 6°) y, por ende, disparados eventualmente los mecanismos desarrollados para la queja y subsanación. Por estas razones el argumento impugnativo es también tan sólo aparente. Él no se funda en la relación anterior, que, prácticamente, constituye un *obiter dictum* de mi voto, sino, como lo anticipé, en una cuestión de hecho, resuelta por la Cámara y extraña a la competencia del tribunal.

7. Como dije, la sentencia se sostiene también por razones de derecho infraconstitucional, motivo por el cual no puede ser casada. Propongo, entonces, rechazar el recurso de inconstitucionalidad concedido por la Cámara. Al no haber contestado el recurso el actor, resulta casi inútil la decisión sobre las costas, en tanto el recurso rechazado no le ha provocado al recurrido actividad alguna, ni esta decisión se vincula con esa actividad; por ello, la sentencia debe imponer las costas por el orden causado (art. 62, CCAyT).

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. La sentencia impugnada dispuso, confirmando con ello parcialmente la de primera instancia, reconocer al actor la condición de “personal transitorio (art. 37, ley 471) hasta que el cargo que ocupa sea cubierto mediante la superación del pertinente concurso u oposición”, y en consecuencia ordenó al GCBA “reincorporar al actor como empleado interino” (fs. 199/205 y 236/239). El recurrente se agravia por cuanto tal pronunciamiento, a su entender, extiende indebidamente al caso las previsiones

del convenio 81 de la OIT y vulnera la división de poderes en tanto afecta la facultad del jefe de gobierno de designar al personal del poder ejecutivo así como la de administrar y planificar la gestión de gobierno (arts. 102 y 104, inc. 9º, CCBA).

2. El *a quo* consideró, de manera coincidente con lo decidido en primera instancia, que la relación jurídica existente entre el amparista y el GCBA instrumentaba, más allá de su calificación como contrato de locación de servicios, la prestación de funciones propias del régimen de la carrera administrativa, es decir que excedían las de carácter transitorio o eventual que admiten un sistema de contratación sin estabilidad; todo ello en función de la interpretación y aplicación de la ley 471 (arts. 37 y 39). Además, por estar en juego el poder de policía vinculado con la inspección del trabajo en la industria y el comercio, aplicó los arts. 6º y 7º del Convenio 81 de la OIT que garantizan “al personal de inspección (...) la estabilidad en su empleo” (fs. 237 vta.).

Así las cosas, la sentencia impugnada reconoce un sustento en la interpretación de la ley 471, independiente del Convenio OIT n° 81, y suficiente para fundarla en su totalidad. Dicho en otras palabras, cualquiera fuere la interpretación que se adoptare acerca de dicho convenio resultaría ineficaz para modificar el pronunciamiento atacado, circunstancia que priva a las cláusulas constitucionales invocadas de relación directa con lo resuelto. A su turno, revisar la interpretación de la ley 471 formulada por el *a quo* es, en ausencia de una cuestión constitucional, asunto ajeno a la vía recursiva del art. 27 de la ley 402. Resulta insuficiente para modificar lo dicho la invocación ritual del principio de división de poderes (arts. 102 y 104, CCBA), sin indicar cómo el control de legitimidad realizado por el poder judicial, en el marco de una causa y referido a un acto concreto, llevaría a exceder las potestades asignadas a esa rama, al tiempo que recortaría otras privativas del poder administrador.

3. La denuncia de arbitrariedad, en el caso, solo expresa el desacuerdo del recurrente con la interpretación otorgada a preceptos infraconstitucionales (ley 471) y no exhibe al pronunciamiento como insostenible por defectos lógicos o de autocontradicción.

Finalmente, al margen de su pertinencia con respecto al recurso de inconstitucionalidad, la invocación de la doctrina de la CSJN sobre “gravedad institucional” queda huérfana de sustento, toda vez que no se ha demostrado en forma razonable en qué medida una decisión sobre la situación particular de un empleado, compromete gravemente el

interés general o afecta el adecuado funcionamiento del poder de policía del trabajo en el ámbito de la Ciudad, más aún, cuando el fallo recurrido supedita la estabilidad en el empleo público al ingreso por concurso (conf. TSJ *in re* “Rébora Horacio Norberto c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de queja”, expte. n° 261/00, resolución del 19/4/2000).

Por las razones dadas corresponde declarar mal concedido el recurso de fs. 245/256, sin costas por no haber mediado actividad de la contraria.

La jueza ANA MARÍA CONDE y el juez JOSÉ O. CASÁS dijeron:

Adherimos al voto de nuestro colega, el doctor Luis F. Lozano, en cuanto decide declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA.

La arbitrariedad que se denuncia en el caso sólo refleja el desacuerdo del recurrente con la interpretación de los preceptos infraconstitucionales que contiene el pronunciamiento recurrido.

Asimismo, la sentencia del tribunal *a quo* contiene mínimos argumentos autosuficientes que le permiten sostenerse como acto jurisdiccional válido y, en este sentido, el GCBA no ha desarrollado una crítica constitucional suficiente que permita adentrarse en el conocimiento de la cuestión debatida. Mas aun cuando en este caso los jueces de la causa han debido ponderar cuestiones de hecho y prueba para determinar en qué circunstancias los agentes contratados, atento las peculiaridades del servicio que prestan, pueden llegar a adquirir una estabilidad impropia (hasta la realización del concurso respectivo).

Sin costas, por no mediar intervención de la contraparte.

Así lo votamos.

Por ello, oído el fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Declarar* mal concedido el recurso de fs. 245/256.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva a la Cámara remitente.

La jueza Alicia E. C. Ruiz no suscribe la resolución por estar en uso de licencia

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

LXVI

“DAMIANI, RICARDO DOMINGO Y OTROS C/GCBA
Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO”

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL.**INADMISIBILIDAD: Admisibilidad. Competencia local.****Arbitrariedad de sentencia. Gravedad institucional.****Invocación genérica de garantías constitucionales. Derecho de defensa.****Principio de congruencia. Cuestiones de hecho y de prueba. Derecho local****Expte. n° 3544/04 - 6/7/2005**

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Sr. Esteban Juan Hernán Benito, por la representación obrante a fs. 1, interpuso una demanda de amparo contra la OSCBA “a efectos de poder ejercer la libertad de elección de la obra social”.

La sentencia de Cámara (fs. 279/282) confirmó la decisión de primera instancia y condenó a la OSCBA:

- a) a cumplir en el plazo de 30 días lo dispuesto por el art. 38 de la ley 472 “y una vez sancionadas esas normas y disposiciones o bien suscriptos los convenios necesarios peticione —esta vez en el plazo de cinco días— su adhesión al Sistema Integrado Nacional”; y
- b) a brindar a la actora “prestaciones que no sean inferiores a las que los agentes del Seguro Nacional de Salud se encuentran obligados a prestar a sus afiliados (art. 28, ley 23.661)”.

2. La OSCBA dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 290/353), en él se agravio contra lo ordenado en el punto a) de la reseña precedente. La Cámara lo concedió parcialmente (fs. 368 y vta.) y frente a la denegatoria parcial la demandada interpuso recurso de queja (fs. 566/606). La sentencia del tribunal rechazó la queja y declaró improcedente el recurso de inconstitucionalidad (fs. 621/628)

3. La demandada plantea, ahora, el recurso extraordinario de la ley 48 (fs. 634/710). Corrido el pertinente traslado, la actora solicita su rechazo (fs. 713/720).

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. El recurso extraordinario fue interpuesto en tiempo y forma. Sin embargo, debe ser denegado.

2. El agravio referido a la competencia del fuero federal (fs. 707 vta.) es insustancial, como ya fue puesto de manifiesto en la resolución de fs. 621/628, en vista de lo resuelto por la CSJN *in re* “Lotártaro, María Laura c/OSCBA [Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires] y otros s/amparo [art. 14, CCBA], sentencia del 29/6/2004 (competencia n° 37. XL), a favor de la competencia local, conclusión que, por lo demás, la recurrente no rebate.

Los agravios en los que se invoca la doctrina de la arbitrariedad y el derecho de defensa, no exponen sino la discrepancia del apelante con el criterio con que las tres instancias que intervinieron en autos resolvieron cuestiones de hecho, prueba, y derecho local, es decir, no federales (art. 14, ley 48). Esos fundamentos, a su turno, privan a los agravios relativos a la violación de los arts. 14 bis, 31, 33, 75 inc. 2°, 125, 126, 129, y disposiciones transitorias séptima y decimoquinta, todos de la C.N., y las leyes nacionales 23.660, 23.661, 24.241, 24.588 y 19.032, de relación directa con lo resuelto en autos (conf. art. 15 ley 48).

Tampoco abona la posición del recurrente la invocación de una supuesta gravedad institucional cuyos extremos son ajenos a la cuestión de autos, y que sólo facultaría a la Corte Suprema a “prescindir de ciertos extremos formales, pero no a suplir la inexistencia de cuestión federal” (*Fallos*, 325:2534, entre muchos otros).

3. Por todo lo expuesto, voto por denegar el recurso extraordinario federal interpuesto por la OSCBA e imponer las costas a la recurrente por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68, párr. 1°, CPCCN).

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso extraordinario fue interpuesto en tiempo y forma. Sin embargo, él no puede ser admitido.

2. La OSCBA intenta articular, sin éxito, un caso constitucional a partir de una profusa y genérica invocación de principios y derechos de esa naturaleza y mediante la referencia a disposiciones de las leyes nacionales 23.660, 23.661, 24.241, 19.032 y 24.588.

La deficiencia señalada obsta a la procedencia del recurso en atención a lo dispuesto en el art. 15 de la ley 48.

El recurrente omite relacionar de manera directa e inmediata las normas constitucionales que considera vulneradas y la decisión que intenta conmovir por esta vía, cuando es requisito necesario para que pueda invocarse adecuadamente una relación de este tipo 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, en definitiva, derecho que no tenga raíz y fundamento constitucional.

Por otro lado, los argumentos expuestos por la OSCBA tienden únicamente a revisar cuestiones de hecho, prueba y derecho local que, por su naturaleza, resultan ajenas al control que realiza la Corte Suprema por vía del recurso extraordinario federal, tal como ya sostuve al resolver la admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad interpuesto en una causa análoga a esta (conf. expte. n° 3080, “Galleta, Carmen c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, resolución del 29/6/2005) .

3. La OSCBA plantea, como motivo del recurso, la denegatoria de la competencia federal decidida por el Tribunal. En este supuesto, la recurrente sólo reitera argumentos que fueron rechazados en esta instancia en atención al fallo de la CSJN *in re*: competencia 37.XL, “Lotártaro, María Laura c/OSCBA [Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires] y otros s/amparo [art. 14, CCBA]”, sentencia del 29/6/2004.

4. En cuanto a la alegada violación del derecho de defensa por afectación principio de congruencia, la recurrente insiste en defensas y manifestaciones que ya fueron consideradas y rechazadas por el tribunal al resolver el recurso de inconstitucionalidad y no articula una cuestión federal que habilite el recurso en análisis.

5. La Obra Social también pretende introducir, mediante la causal de arbitrariedad, un caso constitucional por afectación de las garantías de la defensa en juicio y del debido proceso pero sólo expone su desacuerdo con la interpretación del tribunal sobre los alcances de la ley local 472.

La recurrente no advierte que “la tacha de arbitrariedad no cubre las discrepancias del apelante con respecto a la inteligencia asignada por la sentencia a problemas regidos por normas de derecho público local extrañas al remedio federal que se intenta” (*Fallos*, 308:1757) ni que “La doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados (...), sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la ‘sentencia fundada en ley’ a que hacen referencia los arts. 17 y 18

de la C.N.” (*Fallos*, 312:246, 389, 608). Su admisión “no tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende sólo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema en que, a causa de ellos, quedan descalificados como actos judiciales (*Fallos*, 235:654; 244:384; 248:129, 528 y 584 otros)” (*Fallos*, 294:376).

6. El planteo formulado por la OSCBA respecto de la existencia de “gravedad institucional” tampoco es admisible. Este planteo requeriría, para su procedencia, de una “cuestión federal” que no existe en el caso tal como resulta de los apartados precedentes.

La Corte Suprema ha señalado que “la invocación de gravedad institucional no puede sustituir la inexistencia de cuestión federal que exige el art. 100 de la C.N.” (*Fallos*, 311:120).

Para agotar el examen, el recurrente tampoco explica adecuadamente, como lo exige la doctrina de la Corte Suprema ya citada, de qué manera la decisión del tribunal Superior comprometería principios institucionales básicos de la Nación.

7. Por ello, voto por denegar el recurso extraordinario federal interpuesto por la OSCBA e imponer las costas a la recurrente, por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68, párr. 1º, CPCCN) ya que no median circunstancias que justifiquen apartarse de él.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Adhiero al voto propuesto por el señor juez de trámite sin perjuicio de compartir, tal como lo hice al emitir mi opinión en la causa “Galletta, Carmen c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (expte n° 3080/04, sentencia del 29/6/2005), los fundamentos expresados por la señora jueza Alicia E. C. Ruiz.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el doctor Luis F. Lozano, en cuanto decide denegar el recurso extraordinario federal interpuesto por la OSCBA. Asimismo, coincido con lo expresado en el voto de la doctora Alicia E. C. Ruiz, en tanto reitera desarrollos vertidos en una causa sustancialmente análoga a la presente, “Galletta, Carmen c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte n° 3080/04, sentencia del 29/6/2005, a los que adherí oportunamente.

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero a los votos de mis colegas los jueces Luis F. Lozano y Alicia E. C. Ruiz.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. Denegar el recurso extraordinario federal interpuesto por la Obra Social de Buenos Aires, con costas.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y se devuelva, como está dispuesto a fs. 628, punto 3.

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

LXVII

“BRANCA, ALBERTO JOSÉ S/QUEJA POR RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘BRANCA,
ALBERTO JOSÉ C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)’”

**RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad. Principio de autosuficiencia.
Caso constitucional. Invocación genérica de garantías
constitucionales. Arbitrariedad de sentencia. Alcance.
Sanción administrativa. Aplicación e interpretación de normas
infraconstitucionales. Cuestiones de hecho y de prueba. Derecho común**

Expte. nº 3638/04 - 6/7/2005

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Sala I de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires revocó la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, rechazó la acción de amparo impetrada por el Sr. Alberto J. Branca tendiente a que se declare la nulidad de la resol. 2641-SED/02 (fs. 55/57 vta.).

2. La actora interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 58/83 vta.), que fue denegado por la Cámara.

Para vedar el acceso a la vía intentada, el *a quo* sostuvo que la recurrente no logró exponer con fundamentación y precisión debida un caso constitucional de acuerdo lo exige el art. 27 de la L.P.T. (fs. 96/97).

3. Contra esa resolución el amparista dedujo recurso de queja ante este Tribunal (fs. 98/122 vta.), sosteniendo la arbitrariedad de la sentencia de Cámara por ostentar graves falencias en el análisis del acto administrativo cuya impugnación promoviera al iniciar la acción. Para fundar su recurso, alegó la afectación de los principios constitucionales de legalidad, derecho de defensa y debido proceso, derecho a la estabilidad en el empleo público y derecho de propiedad.

4. El fiscal general adjunto entendió, en su dictamen, que la queja debe ser desestimada. (fs. 136/138 vta.).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso de queja ha sido interpuesto en tiempo y forma debida (art. 33, L.P.T.). Sin embargo, el mismo no puede prosperar.

2. Es un requisito mínimo para la concesión de la queja, que contenga, básicamente, una crítica concreta y razonada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad; recaudo que el escrito en examen no reúne ya que la actora no logra rebatir el fundamento central por el cual la Cámara denegó su recurso, es decir la ausencia de un caso constitucional.

Este tribunal ya ha dicho reiteradamente que la ausencia de una crítica desarrollada y fundada destinada a rebatir argumentativamente los fundamentos por los cuales la Cámara resolvió no conceder el recurso, obsta a la procedencia de la queja puesto que la presentación resulta así privada del fundamento tendiente a demostrarla (conf. el tribunal *in re* “Guglielmone, María Dolores s/art. 74, Cód. Contrav. s/recurso de queja”, expte. n° 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. n° 3264/04 y sus citas, resolución del 23/2/2005).

3. Los argumentos vertidos en el recurso de inconstitucionalidad y en la queja expresan una mera discrepancia con la interpretación razonable y fundada efectuada por la Cámara respecto del análisis de los elementos que conforman el acto administrativo cuya nulidad se pretende (resol. 2641/SED/02).

En sus recursos, el actor no logra conectar el agravio concreto que —afirma— le provoca la sentencia de Cámara, con un motivo de impugnación

de carácter constitucional, esto es, con la aplicación de una norma que lesione una garantía constitucional referida directamente al caso (conf. este Tribunal *in re* “Góngora Martínez, Omar Jorge s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Góngora Martínez, Omar Jorge c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo [art. 14, CCBA]’”, expte. n° 3264/04, resolución del 23/5/2003). Es decir, que no se ha logrado exponer fundadamente un caso constitucional, conforme lo establece el art. 27 de la ley 402, más allá de efectuar alusiones genéricas a la violación de diversos principios y garantías de índole constitucional.

En efecto, en el recurso de inconstitucionalidad sólo se invoca, de forma genérica, la afectación de los preceptos constitucionales de legalidad, derecho de defensa en juicio y debido proceso legal, estabilidad del empleo público y el derecho de propiedad (arts. 14 bis, 16, 17, 18, 33 y 43, C.N.), en la que habría incurrido la Administración al aplicar la sanción impugnada, pero sin exponer —en un argumento formalmente adecuado— un caso constitucional. Es decir, el caso constitucional se encuentra sólo vagamente mencionado, pero no está expuesto ni desarrollado.

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

4. Por otra parte, el recurso de inconstitucionalidad fue correctamente denegado por la Cámara, en tanto las disposiciones puestas en juego para fundar la sentencia —diversas disposiciones de la Ley de Procedimientos Administrativos y del Estatuto del Docente— constituyen aplicación e interpretación de reglas infraconstitucionales, materia no comprendida por el recurso interpuesto ni constitutiva de la competencia del tribunal mientras su validez no sea cuestionada por razones constitucionales, más allá del acierto o desacierto de su interpretación según los puntos de vista de los diversos intérpretes. El recurso de inconstitucionalidad no erige al tribunal en una tercera instancia sobre cuestiones de hecho y prueba ni sobre derecho común cuya valoración resulta propia de los jueces de la causa.

5. En cuanto a los agravios referidos a la arbitrariedad, debo señalar que la sentencia, más allá de su acierto o error, efectúa una interpretación

razonada de los hechos y del derecho que juzgó aplicable al caso concreto y por tanto resulta aplicable la doctrina del tribunal en cuanto ha indicado que la circunstancia de que el recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara, no significa que la sentencia devenga infundada y por ende, arbitraria (conf. 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: *CyJ, Fallos de TSJBA*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, t. I, pp. 282 y ss.).

En mérito a lo expuesto, considero que la queja planteada debe ser rechazada.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El recurso de queja fue deducido en tiempo y modo oportunos (art. 33, ley 402). Empero, según se verá, él no puede tener acogida favorable.

2. A ese efecto, conviene retrotraerse a la traba de la litis a fin de dar cuenta del objeto de la acción tal y como éste fue planteado. El Sr. Alberto Branca promovió acción de amparo contra el GCBA y solicitó la declaración de nulidad de la resol. 2641/SED/02, por la cual la Secretaría de Educación del Gobierno de la Ciudad lo sancionó con sesenta días de suspensión como Regente del Departamento de Aplicación de la Escuela Normal Superior n° 2 “Mariano Acosta”, al reputarse acreditados los cargos formulados en el sumario administrativo n° 576/97, procedimiento que tramitó mediante el expte. n° 88.180/97. La magistrada de grado dictó sentencia e hizo lugar al amparo incoado, sin imposición de costas (fs. 101/112 del expediente principal). La Sala I de la Cámara dispuso hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs. 113/112 y, en consecuencia, revocar la sentencia apelada y rechazar la demanda. Para así resolver, no obstante entender que el cauce procesal del amparo resultaba admisible, la Alzada consideró que la Directora de Educación Superior de la Secretaría de Educación revestía competencia para dictar la disposición 323/00, de la que la resol. 2641/02 —que aquí se cuestiona—, constituye un acto de ratificación. De este modo, el pronunciamiento de la Cámara comportó descartar la pretensión de la amparista en cuanto a que el acto administrativo mediante el que se impuso la sanción antes referida se encontrara viciado en ese elemento. Asimismo, la alzada estimó que el acto impugnado había sido debida y oportunamente notificado a la actora y que la presunción de legitimidad, estabilidad y fuerza ejecutoria de que estaba revestido no había resultado cancelada por los argumentos articulados por la amparista. Ésta interpuso recurso de inconstitucionalidad y,

contra la resolución de la Cámara de denegarlo, dedujo recurso de queja ante el TSJ.

3. En el escrito de interposición de la queja, la actora reseña el proceso y repite lo que ya había expresado en el recurso de inconstitucionalidad en punto a la afectación de los derechos y garantías que tutelan los preceptos constitucionales de legalidad, derecho de defensa en juicio y debido proceso legal, estabilidad en el empleo público y propiedad, presuntamente generada por la resolución criticada y por la sentencia de la Sala I de la Cámara de Apelaciones, que revocó una decisión que había sido favorable a su pretensión. Sin embargo, el escrito de interposición del recurso de hecho no satisface la exigencia de expresar las razones que controvierten los fundamentos de la Cámara para no conceder el recurso de inconstitucionalidad (fs. 98/122, expediente de la queja).

4. De este modo, la queja reitera los defectos que ya contenía el recurso de inconstitucionalidad, pues en ninguna de las dos ocasiones se ha logrado exponer fundadamente un caso constitucional, conforme lo establece el art. 27 de la ley 402. Tanto el recurso de hecho como el escrito de interposición del recurso de inconstitucionalidad incluyen reproches a la sentencia recurrida, la mención de disposiciones constitucionales y la transcripción de citas de normas supraestadales y jurisprudenciales, sin que éstas hayan sido entramadas de modo de presentar al tribunal la crítica desarrollada y fundada sobre la invalidez de la sentencia, según las reglas constitucionales mencionadas (conf. este Tribunal *in re* “Colegio de Graduados de Arquitectura y Urbanismo c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 191/99, resolución del 6/12/1999, en *CyJ, Fallos TSJBA*, I-1999, pp. 652 y ss.; y “Rébora, Horacio Norberto c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de queja”, expte. n° 261/00, resolución del 19/4/2000, en *CyJ, Fallos TSJBA*, II-2000, pp. 62 y ss., entre otros).

5. El tribunal ya ha expresado, múltiplemente, que la referencia ritual a derechos y/o principios constitucionales, contenidos en el recurso de inconstitucionalidad o en el de queja, es palmariamente insuficiente para fundarlos si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, ya que si bastara la *mera invocación genérica* de un derecho, principio o garantía de raigambre constitucional, el tribunal se vería convertido en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad, posibilidad inadmisibles en el marco del recurso extraordinario local (conf. *CyJ, Fallos TSJBA*, II-2000, Ad-Hoc,

Buenos Aires, 2002, pp. 20 y ss., en: “Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja”, expte. n° 131/99, resolución del 23/2/2000; expte n° 1898/02, “Droguería Americana c/GCBA —DGR— [resol. 7346-DGR/91] s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR’ s/recurso de apelación ordinario”, sentencia del 17/11/2003, entre muchos otros).

Como se puede apreciar, de ser admitido el recurso, el pronunciamiento de este Tribunal no versaría sobre la interpretación de disposición constitucional alguna. La sentencia, para corregir o confirmar la de la instancia anterior, debería contener tan sólo una interpretación de la ley sancionatoria administrativa infraconstitucional, tarea para la cual el tribunal sólo excepcionalmente es competente (conf. el punto 1 de mi voto *in re* “Sosa Hugo Alberto c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 3543/04, resolución del 13/4/2005).

6. Finalmente, la tacha de arbitrariedad que se efectúa en el recurso de hecho aparece desglosada en un sinnúmero de motivos de disconformidad: la sentencia—aduce la parte ahora quejosa—omite pronunciarse sobre aspectos sustanciales desarrollados *in extenso* (*sic*) en la demanda, vinculados con vicios presuntos en la resolución que ratificó la sanción (fs. 101 vta./103); la sentencia incurre en autocontradicción (fs. 103); el hecho de que la Cámara utilice “citas parcializadas” como fundamento de su sentencia constituye otro elemento indicativo de su arbitrariedad (fs. 103 vta./105); los camaristas incurren en un error de proporciones al confundir dos elementos claramente diferenciados del acto administrativo, cuales son la causa y la motivación (fs. 105/107 vta.).

Ante el argumento de arbitrariedad que esgrime la quejosa, es enteramente aplicable la doctrina previa del TSJ en el sentido de que, “bajo la designación de arbitrariedad la actora tiende a controvertir el fundamento jurídico contenido en la sentencia recurrida, sin incluir (...) razones de índole constitucional. La circunstancia de que la recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que la sentencia, más allá de su acierto o error, devenga infundada y, por ende, arbitraria” (conf. el tribunal *in re* “Federación Argentina de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas en *CyJ, Fallos TSJBA*, I-1999, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 282 y ss.; más recientemente, mi voto en “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]’”, expte. n° 3565/04, resolución del 26/5/2005).

Por lo demás, como debo sostener con recurrencia creciente (conf., verbigracia, mi voto *in re* “Farías”, ya citado), la mayoría de los recursos fundados en esta llamada arbitrariedad de sentencia están destinados al fracaso. El caso bajo estudio no es una excepción (conf. TSJ *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 25/8/99 y sus citas en *CyJ, Fallos TSJBA*, I-1999, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 282 y ss., “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo”, expte. n° 726/00, sentencia del 24/5/2001, *CyJ, Fallos TSJBA*, III-2001, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 240 y ss., y “Caballero, Jorge Alberto y otros s/art. 71, Cód. Contrav. —causa 555-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 912/01, sentencia del 5/12/2001, *CyJ, Fallos TSJBA*, III-2001, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 749 y ss.), pues para los recursos limitados por los motivos, esas decisiones, expresadas sintéticamente, aclaran que la mera discrepancia argumental con la sentencia recurrida no implica arbitrariedad o que la misma CSJN comprende a este motivo como excepcional, pues no tiene por objeto establecer una nueva instancia de mérito, ni corregir decisiones erróneas. La propia CSJN —creadora de esta doctrina— advierte que “la... arbitrariedad posee un carácter estrictamente excepcional y exige, por tanto, que medie un apartamiento inequívoco de las normas que rigen el caso o una absoluta carencia de fundamentación” (*Fallos*, 323:2879), así como que la tacha de arbitrariedad debe ser apreciada estricta y restrictivamente pues, según ella misma lo ha dicho: “La doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados (...) sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N.” (*Fallos*, 312:246, 389, 608, 1839, entre otros); este Tribunal, expte. n° 726/00, “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo”, sentencia del 24/5/2001, *CyJ, Fallos TSJBA*, III-2001, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 240 y ss.; expte. n° 912, “Caballero, Jorge Alberto y otros s/art. 71, Cód. Contrav. —causa 555-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, sentencia del 5/12/2001, *CyJ, Fallos TSJBA*, III-2001, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 749 y ss.). Resulta absolutamente claro que las decisiones producidas en la causa y criticadas por el recurrente con criterios hermenéuticos propios, no carecen de fun-

damento, más allá del acierto o desacierto de su interpretación para el caso, cuestión que, como quedó dicho, no compete al tribunal decidir.

Por las razones señaladas, y de conformidad con la solución propuesta por la señora jueza de trámite y con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, concluyo que los agravios de la recurrente versan sobre materias no revisables por esta vía recursiva, por lo cual voto por rechazar la queja interpuesta.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Adhiero a la solución propuesta por mi colega el juez Julio B. Maier, por los fundamentos que expone en los apartados 1 a 5 de su voto.

2. En cuanto a la supuesta arbitrariedad de la sentencia, el modo en que la quejosa introduce el agravio determina su rechazo.

En efecto, la presentación no logra, tampoco en este punto, construir un “caso constitucional”. Al calificar de arbitraria la sentencia, la recurrente intenta controvertir los fundamentos de la resolución impugnada, sin incluir razones de índole constitucional. El tribunal ya ha señalado, reiteradamente, que: “La circunstancia de que la recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que la sentencia, más allá de su acierto o error, devenga infundada y, por ende, arbitraria” (conf. el Tribunal *in re* “Federación Argentina de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas en *CyJ, Fallos TSJBA*, I-1999, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 282 y ss.).

Los jueces LUIS F. LOZANO y JOSÉ O. CASÁS dijeron:

Adherimos al voto de nuestra colega, la jueza Ana María Conde.

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

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Desestimar* la queja planteada por el Sr. Alberto J. Branca a fs. 98/122 vta.

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

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

LXVIII

“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)’”

**RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad. Principio
de autosuficiencia. Caso constitucional. Invocación genérica
de garantías constitucionales. Arbitrariedad de sentencia**

Expte. nº 3735/04 - 6/7/2005

VISTAS:

Las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. Lidia B. Mellicovsky y Julio M. Rojt promovieron una acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad para que se practique “por quien corresponda (...) la tarea de desratización e inspección detallada en toda la manzana, especialmente en el local de la ex Confitería, a la cual se accede tanto por la esquina como por Av. Rivadavia nº 1825, y en las unidades de vivienda con acceso por Av. Callao nº 32 y Av. Rivadavia nº 1815”.

Sostuvieron que el 2/11/2002 “alrededor de la hora 22.30 observamos una laucha llegando, por el palier de servicio y desde el hueco del ascensor allí situado, en nuestro piso. Ingresó en nuestra finca... Consultada en ese momento, la esposa del encargado... indicó que, en su opinión, el roedor procedía del interior de la Confitería” (fs. 1/3, autos principales).

2. La jueza de primera instancia declaró abstracto el amparo (fs. 163, autos principales). Para así decidir tuvo en cuenta que:

a) ante la presentación de la Procuración General de la Ciudad solicitando autorización para ingresar al predio de la confitería con el fin de llevar a cabo la desratización del lugar, el juez nacional de Primera Instancia en lo Comercial nº 25, Secretaría N° 50, en cuyo juzgado tramita el expediente “Nietos de Cayetano Brenna S.A. s/quiebra”, informó que no correspondía otorgar autorización alguna pues el inmueble fue oportunamente restituído a sus titulares;

b) además, frente a la acción iniciada por la Procuración General de la Ciudad ante el Juzgado Contravencional y de Faltas N° 4 requiriendo el allanamiento de la ex confitería “El Molino” para llevar a cabo la higienización del lugar, este juzgado informó que dos empresas fueron intimadas a realizar las tareas de higienización y saneamiento y que ellas presentaron las constancias y boletas de las que surge el cumplimiento de la intimación y la realización de los trabajos solicitados.

3. Apelada esta decisión por los actores (fs. 164/165, autos principales), la Sala I declaró desierto el recurso de apelación (fs. 175/176, autos principales).

4. Contra esa decisión, los actores interpusieron recurso de inconstitucionalidad (fs. 184/186, expte. principal) que fue denegado por la Cámara (fs. 204/vta., autos principales), resolución que motivó la presentación de una queja ante el tribunal (fs. 33/36).

5. El fiscal general adjunto, en su dictamen, propició el rechazo del recurso de queja (fs. 44/46).

FUNDAMENTOS:

Los jueces JOSÉ O. CASÁS y JULIO B. J. MAIER dijeron:

1. Si bien el recurso de queja interpuesto por los actores (fs. 33/36) fue deducido en tiempo oportuno (art. 33, L.P.T.), él no puede prosperar pues reitera el defecto que ya contenía el de inconstitucionalidad, a saber: 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. Aunque la Cámara consideró que la parte invocaba el derecho de defensa en juicio y el derecho a la igualdad (véase fs. 204), en verdad los recurrentes sostienen que la sentencia que declaró desierto el recurso de apelación es inconstitucional por violar el art. 14 de la CCBA. En tal sentido, afirman que la aplicación del art. 237 del CCAyT al caso colisiona con la Constitución local en cuanto ella establece que el procedimiento del amparo “está desprovisto de formalidades procesales que afecten su operatividad” (véase fs. 35 de la queja).

Sin embargo, esta mera afirmación no constituye el planteo claro y concreto de una cuestión constitucional. En ninguna parte de sus escritos los recurrentes expresan por qué razón tanto el art. 236, CCAyT —que regula los requisitos que debe contener todo recurso de apelación— como el art. 237, *eiusdem* —que establece la posibilidad de declararlo desierto

cuando no se han cumplido ciertos recaudos mínimos—, constituyen “formalidades procesales” que *afectan la operatividad del amparo* y lesionan, en consecuencia, el art. 14 de la CCBA.

Así, las argumentaciones contenidas en el recurso de queja y en el de inconstitucionalidad no logran acreditar una relación directa e inmediata entre las reglas procesales aplicadas y la norma constitucional que, genéricamente, se invoca.

De tal manera, la queja sólo incluye un reproche puramente genérico de la sentencia recurrida y la mención de disposiciones constitucionales, sin articular correctamente una cuestión de tal índole (conf. el tribunal *in re* “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Novik, Jorgelina Carla y Wlodkowsky, Irene c/GCBA s/amparo’”, expte. n° 1465/02, resolución del 24/4/2002; “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. n° 1309/01, resolución del 6/3/2002 y sus citas).

3. La pretendida invalidez de la sentencia por arbitrariedad tampoco resulta admisible. Los recurrentes reiteran nuevamente las manifestaciones expresadas en el recurso de apelación sin rebatir los argumentos en que se fundamentaron las decisiones de las instancias inferiores. En realidad, sus dichos traducen exclusivamente el desacuerdo con lo decidido, sin demostrar la inconsistencia del razonamiento aplicado por los jueces de grado.

De manera reiterada se ha sostenido que la circunstancia de que el recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que la sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria (conf. “Federación Argentina de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción de inconstitucionalidad”, expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas, en: *CyJ, Fallos TSJBA*, I-1999, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 282 y ss.).

Además, corresponde recordar que, tal como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “(1)ª doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados o que se reputan tales, sino que tiende 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*, 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 608 y 323:2196, entre otros).

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Adhiero a la solución propuesta por mis colegas y, en consecuencia, voto por rechazar la queja intentada.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Adhiero al voto de los jueces Casás y Maier, de conformidad a lo dictaminado por el fiscal general adjunto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero al voto de los jueces José O. Casás y Julio B. J. Maier.

Por ello, y de conformidad con el dictamen del señor fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Rechazar* la queja planteada por Lidia B. Mellicovsky y Julio M. Rojt a fs 33/36.

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

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

LIX

“MARTÍNEZ Y DE LA FUENTE S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘MARTÍNEZ Y DE LA FUENTE S.A. C/GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES S/NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO”

RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad. Caso constitucional. Invocación genérica de garantías constitucionales. Aplicación e interpretación de normas infraconstitucionales. Arbitrariedad de sentencia. Alcance

Expte. n° 3778/05 - 6/7/2005

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Martínez y De La Fuente S.A. interpuso recurso de queja (fs. 78/91) contra la decisión de la Sala I de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad (fs. 61/62) que declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad oportunamente interpuesto por la actora contra la sentencia de esa misma Sala que confirmara la resolución de primera instancia en cuanto rechazara la demanda tendiente a decretar la nulidad del decreto municipal 310/96 (fs. 25/33).

2. En el recurso de inconstitucionalidad la Cámara sostuvo que la recurrente no logró exponer con la fundamentación y precisión debida un caso constitucional de acuerdo lo exige el art. 27 de la L.P.T.

3. El señor fiscal general adjunto, al contestar la vista que le fuera concedida, se pronunció a favor del rechazo de la queja articulada (fs. 98/102).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso de queja se halla interpuesto por escrito fundado, dentro del término de ley, según surge de las constancias del expediente, y se ha efectuado el depósito previsto en el art. 34 de la ley 402.

2. El recurso de inconstitucionalidad que defiende la queja no logra plantear un caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley de procedimientos ante este Tribunal en tanto se sustenta, exclusivamente, en la mera discrepancia de la recurrente con la decisión del tribunal *a quo*.

En efecto, la presentación efectuada por la recurrente se reduce a cuestionar la valoración de las pruebas aportadas a la causa que realizaron los jueces de mérito, en relación con el conocimiento que tenía la actora del vicio que motivara la revocación del acto. En tal sentido, la queja interpuesta padece de un defecto sustancial: no logra conectar el agravio concreto que —afirma— le provoca la sentencia de Cámara, con un motivo de impugnación de carácter constitucional, esto es, con la aplicación de una norma que lesione una garantía constitucional referida directamente al caso (conf. este Tribunal *in re* “Góngora Martínez, Omar Jorge s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Góngora Martínez, Omar Jorge c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo [art. 14, CCBA]’”, expte. n° 3264/04, resolución del 23/2/2005). Es decir, que no se ha logrado exponer fundadamente un caso constitucional, más allá de efectuar alusiones genéricas a la afectación de los derechos de propiedad y de defensa en juicio.

La parte recurrente tiene la carga de fundar el recurso y sostener la queja, brindando una argumentación plausible que logre vincular aquellas cuestiones con la infracción a normas y principios constitucionales que alega, extremos que no se verifican en la presente causa.

3. Por otra parte, el recurso de inconstitucionalidad fue correctamente denegado por la Cámara, en tanto las disposiciones puestas en juego para fundar la sentencia, especialmente los arts. 17 y 18 de la L.P.A., constituyen aplicación e interpretación de reglas infraconstitucionales, materia no comprendida por el recurso interpuesto ni constitutiva de la competencia del tribunal, mientras su validez no sea cuestionada por razones constitucionales, más allá del acierto o desacierto de su interpretación según los puntos de vista de los diversos intérpretes. El recurso de inconstitucionalidad no erige al tribunal en una tercera instancia sobre hechos ni sobre derecho común.

4. En cuanto a los agravios referidos a la arbitrariedad de la sentencia, debo señalar que la sentencia, más allá de su acierto o error, efectúa una interpretación razonada de los hechos y del derecho que juzgó aplicable al caso concreto y por tanto resulta aplicable la doctrina del tribunal en cuanto ha indicado que la circunstancia de que el recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara, no significa que la sentencia devenga infundada y por ende, arbitraria (conf. 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: *CyJ Fallos de TSJ*, I-1999, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 282 y ss.).

En consecuencia, la queja planteada debe ser rechazada.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Comparto el criterio y solución de la jueza Conde, conforme lo dictaminado por el fiscal general adjunto, en cuanto a que los agravios de la recurrente versan sobre materias no revisables por esta vía recursiva.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El recurso de queja fue deducido en tiempo y modo oportunos (art. 33, ley 402). Empero, según se verá, él no puede tener acogida favorable.

2. A ese efecto, conviene retrotraerse a la traba de la litis. Como necesario paso previo a la resolución de esta controversia, corresponde dar cuenta del objeto de la acción tal y como éste fue planteado. La actora refiere que en el año 1988 la ex MCBA efectuó el llamado a licitación

para la realización de obras de alumbrado público en la Ciudad y que, tras impugnaciones diversas, determinó que la oferta más conveniente era la de Martínez y de la Fuente S.A. Agrega que, en el año 1990, funcionarios de la ex MCBA la habrían invitado a readecuar la oferta inicial y que, como consecuencia de ello, se aceptaron parcialmente modificaciones a los arts. 2.12.8 y 2.12.21 del pliego que regía la licitación. Consecuentemente, se adjudicaron las obras a la parte actora mediante el dec. 358/90 y en 1991 se suscribió el contrato. Seguidamente, la actora relata que, tras incumplimientos diversos en el pago, la MCBA ordenó la paralización de las obras por falta de fondos y resolvió luego la rescisión del contrato mediante el dictado del dec. 310/96 —que aquí se cuestiona, al considerar que dicho acuerdo, de naturaleza contractual, estaba viciado de nulidad absoluta. La sociedad “Martínez y de la Fuente S.A.” inició demanda contra el GCBA (fs. 21/33 del expediente principal) y solicitó la declaración de nulidad del dec. 310/96, por el que se revocó el contrato que había suscripto con la CABA. La actora fundó su pretensión en el alegado carácter nulo —de nulidad absoluta— de dicha disposición, al considerar que ésta adolecía de vicios en sus elementos esenciales (causa, motivación y procedimiento).

3. En el escrito de interposición de la queja, la actora reseña el proceso y repite lo que ya había expresado en el recurso de inconstitucionalidad en punto a la afectación de sus derechos de defensa y propiedad, presuntamente generada por el decreto puesto en crisis y por la sentencia de la Sala I de la Cámara de Apelaciones, que confirmó la decisión de primera instancia, adversa a su pretensión. Sin embargo, el escrito de interposición del recurso de hecho no satisface la exigencia de expresar las razones que controvierten los fundamentos de la cámara para no conceder el recurso de inconstitucionalidad —recaudo que el recurrente conoce, de acuerdo con los desarrollos que efectúa en el extenso punto V de su escrito (fs. 82/88, expediente de la queja).

4. De este modo, la queja reitera los defectos que ya contenía el recurso de inconstitucionalidad, pues en ninguna de las dos ocasiones se ha logrado exponer fundadamente un caso constitucional, conforme lo establece el art. 27 de la ley 402. En verdad, la solución del caso no se encuentra vinculada directamente con la interpretación o aplicación de una regla constitucional, sino con el alcance que cabe asignar a la posibilidad con que cuenta la Administración para revocar actos irregulares cuando el interesado conocía el vicio, y qué cabe entender por ese conocimiento.

En este sentido, tanto la queja como el escrito de interposición del recurso de inconstitucionalidad incluyen reproches a la sentencia recurri-

da, la mención de disposiciones constitucionales y la transcripción de citas doctrinarias y jurisprudenciales, sin que éstas hayan sido entramadas de modo de presentar al tribunal —en una pieza— la crítica desarrollada y fundada sobre la invalidez de la sentencia, según las reglas constitucionales mencionadas (conf. este Tribunal *in re* “Colegio de Graduados de Arquitectura y Urbanismo c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 191/99, resolución del 6/12/1999, en *CyJ, Fallos TSJBA*, I-1999, pp. 652 y ss.; y “Rébora, Horacio Norberto c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de queja”, expte. n° 261/00, resolución del 19/4/2000, en *CyJ, Fallos TSJBA*, t. II, pp. 62 y ss., entre otros).

5. El Tribunal ya ha expresado, múltiplemente, que la referencia ritual a derechos y/o principios constitucionales, contenidos en el recurso de inconstitucionalidad o en el de queja, es palmariamente insuficiente para fundarlos si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, ya que si bastara la *mera invocación genérica* de un derecho, principio o garantía de raigambre constitucional, el tribunal se vería convertido en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad, posibilidad inadmisibles en el marco del recurso extraordinario local (conf. *CyJ, Fallos TSJBA*, II-2000, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 20 y ss., en: “Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja”, expte. n° 131/99, resolución del 23/2/2000; expte n° 1898/02, “‘Droguería Americana c/GCBA —DGR— [resol. DGR-7346/91] s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR’ s/recurso de apelación ordinario”, sentencia del 17/11/2003, entre muchos otros).

Como se puede apreciar, de ser admitido el recurso, el pronunciamiento de este Tribunal no versaría sobre la interpretación de disposición constitucional alguna. La sentencia, para corregir o confirmar la de la instancia anterior, sólo debería interpretar un segmento de los arts. 17 y 18 de la norma local de procedimientos administrativos, para señalar qué significa que el interesado conozca el vicio del acto administrativo, cuestión ésta ajena por completo al recurso de inconstitucionalidad.

6. En un escrito defectuoso —precisamente por la falta de aplicación al caso concreto—, el recurrente invoca la vulneración de los derechos constitucionales de defensa en juicio y propiedad (reconocidos, respectivamente, en los arts. 17 y 18 de la C.N. y sus correlativos arts. 10, 12, incs. 5° y 6° y 13 inc. 3° de la CCBA), pero no demuestra que exista una vinculación entre lo decidido en la causa por la Cámara y los derechos constitucionales invocados con una generalidad inaceptable.

En su decisión, la Cámara analizó, esencialmente, las normas que regulan la validez de los actos administrativos y las reglas de revocación

por la propia Administración y llegó a la conclusión de que el contrato administrativo por el que la oferta de la actora fue reputada como la más conveniente en los términos de la licitación de la que parte esta litis, estaba viciada y debía invalidarse, de acuerdo con la interpretación que ofreció de los arts. 17 y 18 de la L.P.A. El recurrente, tras aparentes (e insuficientemente planteadas) cuestiones constitucionales, manifiesta su desacuerdo con la interpretación de reglas infraconstitucionales efectuada en la sentencia recurrida. Sin embargo, aunque propone *otro* criterio hermenéutico de las normas procedimentales que rigen el caso (conf. fs. 87/87 vta., expediente de la queja), no logra demostrar el desapego constitucional de la interpretación efectuada por la alzada. El recurso ahora interpuesto no tiene por misión el análisis e interpretación del derecho local común: en efecto, las disposiciones puestas en juego para fundar la sentencia (fundamentalmente, el derecho contractual administrativo, la ley 19.549 —o L.P.T.— y los decretos de la ex MCBA 358/90 y 310/96, relativos al régimen de licitación de obras públicas y a las condiciones de validez de los contratos administrativos celebrados en consecuencia) constituyen todas interpretación de reglas infraconstitucionales, tarea no comprendida por el recurso interpuesto ni constitutiva de la competencia del tribunal, más allá del acierto o desacierto de su interpretación, según puntos de vista de intérpretes diversos. El recurso de inconstitucionalidad no erige al tribunal, reitero, en una tercera instancia de hechos o del derecho común.

7. Finalmente, la tacha de arbitrariedad que se efectúa en el recurso de hecho aparece desglosada en un sinnúmero de motivos de disconformidad: el pronunciamiento —aduce la parte ahora quejosa— se erige en un acto de flagrante apartamiento del derecho vigente en el que los magistrados “evidenciaron el desagrado que les causan las soluciones legales vigentes” (fs. 82); la sentencia es arbitraria por prescindir de los extremos fácticos y jurídicos aplicables a la causa (fs. 82 vta.); la sentencia es arbitraria por incurrir en autocontradicciones (fs. 83/84 vta.); la sentencia es irrazonable (fs. 84 vta./85 vta.); la sentencia omite pronunciarse sobre aspectos sustanciales introducidos por esta parte (fs. 85 vta./86 vta.); y la sentencia es arbitraria por ser manifestación de la mera voluntad de los jueces y prescindir del derecho vigente (86 vta./87 vta.).

Ante el argumento de arbitrariedad que esgrime la quejosa, es enteramente aplicable la doctrina previa del TSJ en el sentido de que, “bajo la designación de arbitrariedad la actora tiende a controvertir el fundamento jurídico contenido en la sentencia recurrida, sin incluir (...) razones de índole constitucional. La circunstancia de que la recurrente discrepe con

el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que la sentencia, más allá de su acierto o error, devenga infundada y, por ende, arbitraria” (conf. el tribunal *in re* “Federación Argentina de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 49/99, resolución del 25/8/99 y sus citas en *CyJ, Fallos TSJBA*, I-1999, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 282 y ss.; más recientemente, mi voto en “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado” en: ‘Fariás, María Antonia c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]’”, expte. n° 3565/04, resolución del 26/5/2005).

Por lo demás, como debo sostener con recurrencia creciente (conf., v. gr., mi voto *in re* “Fariás”, ya citado), la mayoría de los recursos fundados en esta llamada arbitrariedad de sentencia están destinados al fracaso. El caso bajo estudio no es una excepción (conf. TSJ *in re* “Federación Argentina de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas en *CyJ, Fallos TSJBA*, I-1999, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 282 y ss., “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo”, expte. n° 726/00, sentencia del 24/5/2001, *CyJ, Fallos TSJBA*, III-2001, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 240 y ss., y “Caballero, Jorge Alberto y otros s/art. 71, Cód. Contrav. —causa 555-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 912/01, sentencia del 5/12/2001, *CyJ, Fallos TSJBA*, III-2001, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 749 y ss.), pues para los recursos limitados por los motivos, esas decisiones, expresadas sintéticamente, aclaran que la mera discrepancia argumental con la sentencia recurrida no implica arbitrariedad o que la misma CSJN comprende a este motivo como excepcional, pues no tiene por objeto establecer una nueva instancia de mérito, ni corregir decisiones erróneas. La propia CSJN —creadora de esta doctrina— advierte que “la... arbitrariedad posee un carácter estrictamente excepcional y exige, por tanto, que medie un apartamiento inequívoco de las normas que rigen el caso o una absoluta carencia de fundamentación (*Fallos*, 323: 2879)”, así como que la tacha de arbitrariedad debe ser apreciada estricta y restrictivamente pues, según ella misma lo ha dicho: “La doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados (...) sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N.” (*Fallos*, 312:246, 389, 608, 1839, entre otros); este Tribunal, expte, n° 726/00 “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires

c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo”, sentencia del 24/5/2001, *CyJ, Fallos TSJBA*, III-2001, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 240 y ss; expte. n° 912, “Caballero, Jorge Alberto y otros s/art. 71, Cód. Contrav. —causa 555-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, sentencia del 5/12/2001, *CyJ, Fallos TSJBA*, III-2001, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 749 y ss.). Resulta absolutamente claro que las decisiones producidas en la causa y criticadas por el recurrente con criterios hermenéuticos propios, no carecen de fundamento, más allá del acierto o desacierto de su interpretación para el caso, cuestión que, como quedó dicho, no compete al tribunal decidir.

Por las razones señaladas, y de conformidad con la solución propuesta por la señora jueza de trámite y con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, concluyo que los agravios de la recurrente versan sobre materias no revisables por esta vía recursiva, por lo cual voto por rechazar la queja impetrada.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Adhiero al punto 2 del voto de mi colega Julio B. J. Maier a fin de no reiterar la descripción del asunto traído a consideración de este Tribunal.

2. Coincido con mis colegas preopinantes respecto de la solución que proponen. En efecto, si bien el recurso de queja interpuesto (fs. 78/91) fue deducido en tiempo (art. 3, ley 402), el mismo no puede prosperar.

3. La defensa no efectúa una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recuso de inconstitucionalidad, ni rebate argumentativamente los fundamentos por los cuales la Cámara resolvió no concederlo; omisión que obsta su procedencia.

4. Por otra parte, la queja contiene el mismo defecto que presenta el recurso de inconstitucionalidad: no logra conectar los agravios concretos que —afirma— le provoca la sentencia de Cámara, con motivos de impugnación de carácter constitucional. Por ende, no ha logrado exponer fundadamente un caso constitucional, conforme lo establece el art. 27 de la ley 402.

5. Respecto de la alegada arbitrariedad, la apelante tiende a controvertir el fundamento jurídico contenido en la sentencia recurrida, sin incluir, como en el resto de su recurso, razones de índole constitucional.

En estas condiciones la calificación de sentencia arbitraria no alcanza para sustituir la ausencia de una argumentación adecuada que sostenga el recurso interpuesto.

6. Voto en consecuencia, por el rechazo de la presente queja.

El juez José O. Casás dijo:

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

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

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Desestimar* la queja planteada por Martínez y De La Fuente S.A. a fs. 78/91.

2°. *Dar* por perdido el depósito de fs. 77.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva el principal con esta queja.

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

LXX

“ASOCIACIÓN VECINOS DE PLAZA ITALIA S/QUEJA POR
RETARDO, PRIVACIÓN O DENEGACIÓN DE JUSTICIA,
EN: ‘ARZEL, MIGUEL ÁNGEL Y OTROS C/GCBA S/AMPARO

**RECURSO DE QUEJA POR RETARDO, PRIVACIÓN
O DENEGACIÓN DE JUSTICIA: Admisibilidad. Condiciones.
Vías recursivas. Tribunal Superior de Justicia. Competencia**

Expte. nº 4053/2005 - 7/7/2005

VISTO:

El expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

El señor Pedro Jaime Kesselman, que invoca el “doble carácter de vecino del barrio de Plaza Italia y al mismo tiempo Presidente de la Asociación Vecinos de Plaza Italia”, solicita la intervención del tribunal” a fin de subsanar la denegación injustificada de justicia operada en autos

Arzel Miguel Ángel y otros c/GCBA s/amparo (expte. 16.583/0)” y pide, como medida cautelar, que “se ordene la clausura de la totalidad del predio en que funciona la Rural de Palermo hasta tanto esté debidamente acreditado en autos la habilitación definitiva de conformidad a las prescripciones del Código de habilitaciones”

En sustancia expresa que en esa causa se ha “soslaya[do] definitivamente de forma ilegal y arbitraria las pretensiones formuladas por dos ciudadanos y una asociación de vecinos que incluían además peticiones cautelares de carácter urgente en las que se ventilaban cuestiones de orden público referidas a la normativa habilitatoria y derechos de incidencia colectiva”.

En sucesivos acápites que titula “Antecedentes”, “Denegación de Justicia”, “El carácter de parte” y “Gravedad Institucional”, efectúa un desordenado relato que puede sintetizarse como sigue:

- a) En la acción de amparo citada el señor Miguel Ángel Arzel denunció diversas irregularidades en el predio de la Sociedad Rural Argentina que administra OGDEN Rural S.A., denuncia que culminó con la clausura del lugar por decisión de un juez de primera instancia Contencioso Administrativo y Tributario, sin identificar al juez ni al juzgado.
- b) La causa llegó a conocimiento de la Sala I del Fuero mencionado.
- c) El 1/7/2005 se presentó en la causa “un vecino del barrio de Plaza Italia” (presumiblemente el señor Eyzaguirre Valderrama al que nombra el presentante en otras oportunidades) pidiendo ser tenido como parte “adhiriendo a la totalidad de las peticiones”.
- d) Con posterioridad —presuntamente el 4/7/2005— se presentó en la causa el señor Kesselman quien también adhirió a la totalidad de las peticiones de “ambos actores” y pidió otras medidas.
- e) El Sr. Arzel desistió de la acción, sin que quede claro en el relato el momento en el que ello sucedió, aun cuando se expresa que fue con posterioridad a la presentación del “vecino del barrio de Plaza Italia”.
- f) La Sala I tuvo presente el desistimiento efectuado por Arzel y ordenó el levantamiento de la clausura.
- g) Tal “resolución desconoció expresamente la petición cautelar formulada por el Sr. Eyzaguirre Valderrama” a la cual adhirió Kesselman. “al abordar la cuestión, señaló la Sala I que los interesados hasta el momento no han sido tenidos por parte”.
- h) En la causa intervino más de un juez de primera instancia, y hubo —al menos— una recusación, sin que se brinde otra precisión al respecto.
- i) El escrito hace alusión a —y transcribe— determinados pasajes de la disidencia que habría formulado uno de los integrantes de la

Sala I (el juez Balbín) referidos, por un lado, a que Eyzaguirre y Kesselman “...deben ser tenidos como parte en el presente proceso”, y por el otro a la necesidad de ponderar las “abundantes constancias documentales incorporadas a la causa”.

- j) Finalmente refiere que la “cuestión central... apunta a dirimir judicialmente si es posible que el mayor predio ferial de esta ciudad pueda funcionar sin habilitación judicial”.

FUNDAMENTOS:

Los jueces JOSÉ O. CASÁS, ANA MARÍA CONDE, LUIS F. LOZANO, ALICIA E. C. RUIZ y JULIO B. J. MAIER dijeron:

1. Constituye requisito de admisibilidad de la vía intentada satisfacer las cargas de indicar de manera precisa cuál es el órgano jurisdiccional autor, por acto u omisión, de la privación, denegación o retardo injustificado de justicia (art. 36, inc. 1º, ley 402), y explicar por qué no se puede ocurrir a otra vía procesal o por qué, si la hubiera, ella resultaría ineficaz o ineficiente (art. 36, inc. 3º, ley 402). Ninguna de las dos exigencias ha sido cumplida de manera suficiente por el presentante, en la medida que su exposición no brinda certeza acerca de ante quien efectuó su presentación pidiendo ser tenido por parte en la causa, quien —consecuentemente— omitió su consideración (el juez de primera instancia, la alzada, o ambos), y si con motivo de tal omisión acudió a alguna de las vías procesales que prevé la ley de rito (recurso de apelación o aclaratoria, a título de ejemplo).

2. Por otra parte, se advierte que bajo el ropaje de una alegación de denegación de justicia el quejoso simplemente pretende que se deje sin efecto una sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones que no satisfizo sus pretensiones.

En efecto, el concreto requerimiento efectuado al tribunal — que el propio recurrente califica como “la cuestión central”— se resume en el dictado de una medida cautelar similar a la dejada sin efecto por la Cámara. Ello pone de manifiesto que se acude a este remedio para obtener un pronunciamiento para el que la ley no lo ha dispuesto, a saber: la revocación de la sentencia dictada en la instancia anterior (conf. TSJ *in re* “Spangemberch, Luis Alberto s/queja por privación y denegación de justicia”, expte. n° 1543/02, resolución del 12/6/2002).

El control que este Tribunal realiza de las sentencias de los tribunales inferiores se efectúa, si corresponde, a través de los recursos de inconstitucionalidad o apelación (art. 113, incs. 3º y 5º, respectivamente, CCBA). La queja o denuncia por privación o denegación de justicia no es una vía alternativa para plantear la revisión de las decisiones de instancias anteriores.

Si la sentencia era pasible de los recursos establecidos por la Constitución o por las leyes, éstos debieron interponerse en la forma adecuada, ante el tribunal correspondiente y sustanciarse (conf. TSJ *in re* “Landesman Sanguinetti, Sebastián s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Landesman Sanguinetti, Sebastián s/art. 72, Cód. Contrav.’”, expte. n° 2234/03, resolución del 30/4/2003).

En otras palabras, lo que se pide es que el tribunal intervenga en una cuestión hasta hoy ajena a su competencia, por una vía que no es la adecuada y sin la participación de la parte contraria.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Rechazar* el planteo de denegación de justicia articulado por el señor Pedro Jaime Kesselman a fs. 1/7.

2°. *Mandar* que se registre, notifique en forma urgente —con habilitación de feria a ese solo efecto, en caso de resultar necesario— y se archive.

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

LXXI

“ANAPIOS, ERNESTO S/QUEJA
POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD
DENEGADO, EN: ‘ANAPIOS, ERNESTO C/CONSEJO
PROFESIONAL DE CIENCIAS ECONÓMICAS
S/RECURSO DE APELACIÓN C/RESOLUCIONES
DISCIPLINARIAS, ART. 34, Y DT. 3.A), LEY 466”

**RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad. Principio de autosuficiencia.
Caso constitucional. Invocación genérica de garantías constitucionales**

Expte. n° 3855/05 - 27/7/2005

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

El Sr. Ernesto Anapios interpuso recurso de queja contra la decisión de fecha 3/2/2005 por la que la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad oportunamente interpuesto contra la resolución de fecha 17/12/2004. En esa oportunidad la Cámara rechazó los recursos de aclaratoria y revocatoria en subsidio planteados contra la providencia que no hizo lugar al pedido del Sr. Anapios, de dejar sin efecto la intimación al pago de honorarios a los letrados de la parte demandada, por entender el solicitante que la obligación se había transformado en natural y por lo tanto era inexigible.

El fiscal general, al contestar la vista, se pronunció por el rechazo de la queja (fs. 66).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. La queja no satisface los requisitos mínimos para ser tratada. Comparto los argumentos expuestos por el fiscal general en su dictamen de fs. 66/66 vta. en cuanto a que la presentación no satisface las exigencias formales básicas que caracterizan un recurso de esta naturaleza.

2. La fundamentación de una queja debe ser autónoma. Ello significa que debe contener un relato de los hechos relevantes de la causa, de los argumentos de los pronunciamientos judiciales dictados y una crítica pormenorizada de la resolución que denegó el recurso de inconstitucionalidad. Tales contenidos deben ser expuestos, como en todo escrito que se produce en el curso de un proceso judicial, de manera clara y ordenada, a fin de permitir su adecuada lectura (conf. este Tribunal *in re* “Ardaiz, Juan José y otro s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Juan José Ardaiz y otro c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, expte. n° 1605, resolución del 14/8/2002).

El escrito aquí examinado no cumple con tales recaudos, pues no permite comprender los antecedentes del caso, ni en relación con el caso constitucional que se pretende plantear, ni en cuanto al contenido de las piezas procesales que el recurrente invoca. En efecto, la queja se compone de una sucesión de transcripciones textuales de escritos presentados y resoluciones judiciales dictadas en el proceso, sin vincularlas concretamente con la formulación de una cuestión constitucional.

3. La queja no contiene una crítica eficaz de la resolución que rechazó el recurso de inconstitucionalidad. El planteo del recurrente es confuso respecto de los agravios constitucionales invocados (derecho a trabajar, derecho de propiedad y derecho al debido proceso legal, etcétera).

En suma, el escrito presentado no satisface el requisito de autosuficiencia que todo recurso debe cumplir para bastarse a sí mismo y ser precedente formalmente (conf. este Tribunal *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 *CyJ, Fallos TSJBA*, Ad-Hoc, Buenos Aires, t. I, 2001, pp. 570 y ss.).

4. El escrito menciona una serie de disposiciones de índole constitucional, seguidas de abundantes citas jurisprudenciales, pero esa enumeración no es suficiente para plantear un caso constitucional pues no se la vincula argumentalmente con agravios concretos que deriven de decisiones de la causa.

De acuerdo a reiterada jurisprudencia del tribunal, la referencia ritual a derechos, principios y/o cláusulas constitucionales, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente, ya que si bastara la simple invocación de un derecho, principio o garantía de 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, sentencia del 23/2/2000).

5. Las consideraciones expuestas resultan suficientes para rechazar el recurso de queja interpuesto.

Los jueces ALICIA E. C. RUIZ y JULIO B. J. MAIER dijeron:

Adherimos al voto de nuestra colega, la jueza Ana María Conde.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Adhiero al voto de mi colega, Ana María Conde. Tal como lo expone, la queja planteada por la parte actora carece de un mínimo de fundamentación que permita comprender los agravios y su relación con lo resuelto. Por lo demás, hasta dónde permite inferir la presentación del recurrente, lo atacado no es una sentencia definitiva, en tanto ni la aclaratoria que menciona ni la intimación al pago de honorarios en trámite de ejecución revisten tal carácter (art. 27, ley 402).

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Adhiero a la solución propiciada por mi colega, la doctora Ana María Conde, en cuanto decide rechazar la queja interpuesta por la parte actora. En homenaje a la brevedad, me remito a los fundamentos desarrollados en su voto y a los brindados en sentido concordante por el señor fiscal general en su dictamen obrante a fs. 66/66 vta. de la queja.

Así lo voto.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el fiscal general,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Desestimar* la queja interpuesta.

2°. *Dar por perdido* el depósito integrado a fs. 62.

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

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

LXXII

“GCBA S/QUEJA POR RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘GCBA
C/LOWE SACIFI DE CINEMATOGRAFÍA Y TELEVISIÓN
S/EJECUCIÓN FISCAL —INGRESOS BRUTOS”

RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad. Principio de autosuficiencia. Caducidad de instancia. Sentencia definitiva. Caso constitucional. Invocación genérica de garantías constitucionales. Fisco local. Derecho de propiedad. Cuestiones de hecho y de prueba. Derecho común. Interpretación de normas infraconstitucionales. Arbitrariedad de sentencia. Gravedad institucional

Expte. n° 3851/05 - 3/8/2005

VISTO:

El expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires interpone recurso de queja contra el pronunciamiento de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario que rechazó el recurso de inconstitucionalidad oportunamente interpuesto contra la sentencia de

segunda instancia, que confirmó la caducidad decretada en primera instancia a pedido de la ejecutada.

2. Al denegar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno, la Cámara sostuvo que el recurrente no logró exponer con la fundamentación y precisión debida un caso constitucional tal como lo exige el art. 27 de la L.P.T. (fs. 325 y ss de autos principales).

3. El fiscal general de la Ciudad, a fs. 117/118 vta., se pronunció por el rechazo de la queja.

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso de queja fue planteado en tiempo y forma. Sin embargo, no puede prosperar.

2. La decisión del tribunal *a quo*, que confirmó la declaración de caducidad de instancia que había decretado el juez de primera instancia a solicitud de la ejecutada, no es susceptible de revisión por la vía del recurso de inconstitucionalidad, por no constituir *sentencia definitiva* o *equiparable* a tal.

La decisión recurrida no reviste carácter definitivo, pues no se pronuncia sobre el fondo de la cuestión debatida. Tampoco corresponde *equipararla* a un pronunciamiento de tal naturaleza, porque la recurrente no ha demostrado que la caducidad declarada en este proceso le impida el replanteo de la cuestión en otro juicio (p. ej., por haberse cumplido el término de prescripción de la acción fiscal) o le produzca un agravio que por su magnitud o características será de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior.

La argumentación referida a la imposición de las costas resulta insuficiente para demostrar los extremos antes aludidos que permitirían ingresar, como se pretende, en la consideración de la sentencia cuestionada. Por el contrario, este fundamento sólo traduce una consecuencia accesorio relacionada con el resultado del proceso sin constituir un pronunciamiento de carácter irreparable sobre el fondo del litigio, por lo que no justifica la intervención del tribunal por esta vía.

3. El recurrente no logra exponer fundadamente un caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley 402. La simple mención de disposiciones constitucionales sin vincularlas argumentalmente con el objeto de la decisión cuestionada, no constituye la fundamentación que un recurso de esta naturaleza exige.

La caducidad declarada, de índole procesal, se vincula con cuestiones de hecho, prueba y derecho común propias de los jueces de la causa, que no habilitan, en principio, la admisión del recurso intentado, pues constituyen interpretación de normas infraconstitucionales. En efecto, el quejoso tan sólo discrepa con las instancias de mérito sobre un presunto acto procesal (presentación de un escrito pidiendo que se libere una cédula) cuya existencia no ha probado y con la manera en que estos tribunales interpretaron tanto el Código de procedimientos local, que regula el instituto procesal de la caducidad de instancia, como la resol. 499/00 del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

4. Las circunstancias comprobadas de la causa difieren de las tenidas en cuenta *in re* “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘GCBA c/Service Managment Systems S.M.S. S.A. s/ejecución fiscal’”, expte. n° 1853/02, sentencia del 11/12/2002, en el que la mayoría del tribunal, además de equiparar la sentencia que declaró la caducidad de instancia a un pronunciamiento definitivo —a partir de la imposibilidad de replanteo ulterior debido al cumplimiento del término de prescripción de la acción fiscal—, hizo hincapié, entre otros argumentos, en el carácter dudoso de la situación procesal que testimoniaba la causa y a las peculiaridades del proceso de integración del fuero Contencioso Administrativo local.

En suma las circunstancias de hecho de la causa citada difieren notoriamente de las que constituyen el sustrato en el que se asentara la decisión adoptada en este proceso, lo que ya he destacado en votos anteriores (“Butowicz, Elena y otros c/GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Butowicz, Elena y otros c/GCBA s/acción meramente declarativa (art. 277, CCAyT)’”, expte n° 2516/03, resolución del 11/2/2004 y “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en ‘GCBA c/Lowe Argentina SACIFI de Cinematografía y Televisión s/ejecución fiscal —Ingresos Brutos’”, expte. n° 3004/04, resolución del 30/6/2004, entre otros).

5. En cuanto a la alegada arbitrariedad del pronunciamiento objetado, corresponde expresar que las afirmaciones realizadas por la actora sólo reflejan sus discrepancias con los fundamentos utilizados por el tribunal *a quo*, sin aportar, como en el resto de su recurso, argumentaciones fundadas de índole constitucional. La circunstancia de que la recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que la sentencia, más allá de su acierto o error, devenga infundada y, por ende, arbitraria (conf. el tribunal *in re* “Federación Argentina de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucio-

nalidad”, expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas: *CyJ, Fallos TSJBA*, I-1999, pp. 282 y ss.).

6. La referencia a una supuesta gravedad institucional comprometida en el caso es puramente genérica y reitera, una vez más, la discrepancia de la recurrente con la sentencia de Cámara. No se corrobora un supuesto de tal índole, desde el momento en que no se ha demostrado la existencia de un impedimento para que las cuestiones planteadas sean debatidas en un juicio posterior sin afectación de los intereses que por vía de este argumento se procuraría tutelar.

Por lo demás, el quejoso no ha logrado demostrar que lo resuelto afecte la normal percepción de la renta pública con la consiguiente incidencia en la prestación de los servicios a cargo de la Administración local, por lo que no cabe sino descartar la existencia de gravedad institucional.

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

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Comparto la solución propuesta por la jueza Ana María Conde de acuerdo a los argumentos expuestos en los apartados 1, 2 y 4 de su voto.

En consecuencia, voto por rechazar el recurso de queja interpuesto por el Gobierno de la Ciudad.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

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

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

En atención a la sustancial analogía de las cuestiones tratadas en estas actuaciones con las que se ventilaran *in re*: “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: GCBA c/Lowe Argentina SACIFI de Cinematografía y Televisión s/ejecución fiscal —Ingresos Brutos”, expte. n° 3004/04, y a mi voto en aquella causa al que remito *brevitatis causae* en lo pertinente, es que propicio rechazar la queja planteada por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, adhiriendo a la solución a que aquí arriba la señora jueza de trámite Ana María Conde, cuyos fundamentos también comparto en punto a la no equiparación en la especie de la sentencia que declaró la caducidad a sentencia definitiva, y a la ausencia de gravedad institucional.

Así lo voto.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

I. El recurso de queja fue deducido en forma correcta y en tiempo oportuno (art. 33, L.P.T., n° 402); sin embargo, él debe ser rechazado porque no reúne los requisitos mínimos para ser tratado.

2. En principio, la decisión recurrida (fs. 96/97, expte. principal) no es una *sentencia definitiva*, contrariamente a aquello que, sin fundamentación *concreta* alguna, sostiene el quejoso en el punto V.1. del recurso de hecho. En tal sentido, la Cámara no argumenta absolutamente nada acerca de que, según las particularidades del asunto, esté impedida la renovación del procedimiento de cobro. En verdad, el quejoso admite que la sentencia atacada “podría no entenderse técnicamente como una sentencia definitiva” (fs. 96, párr. 2º), pero concluye que “no interesa tanto la regla: sentencia definitiva, sino su excepción: sentencia equiparable —por sus efectos— a definitiva” (fs. 96, párr. 4º). Sin embargo, el pronunciamiento criticado tampoco constituye, como pretende el recurrente, una decisión *equiparable a definitiva*. Mi opinión al respecto, ya expresada *in re* “Clínica Fleming s/recurso de inconstitucionalidad concedido en ‘Clínica Fleming s/art. 72, Cód. Contrav. —incidente clausura— apelación’”, expte n° 1215/01, resolución del 19/12/2001 en *CyJ, Fallos TSJBA*, III-2001, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 812 y ss., no consiente, en principio, la conocida teoría de la Corte Suprema acerca de la existencia de decisiones que no constituyen sentencia definitiva, pero que, analógicamente, deben ser tenidas por tales. El supuesto en que el mismo texto que reconoce la garantía constitucional, o un texto constitucional explícito, realiza tal equiparación y requiere que el tribunal, por intermedio del recurso característico, opine sobre la constitucionalidad de la regla aplicada, que pone en juego una garantía específica (un ejemplo típico es el de la Constitución italiana y la privación de libertad), es el único en que, lógicamente, yo la admito. De todos modos, la invocación y prueba de un precepto de tal índole no resulta expresada por el recurrente en la causa (conf. mi voto en el expte. n° 2778/03 *in re* “Asoc. Civil Golf Club Lagos de Palermo”, sentencia del 16/6/2004).

3. Sin perjuicio de lo expuesto, cabe agregar que la queja, a pesar de su manifiesta extensión y aparente complejidad, no contiene una crítica concreta y válida del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad. El mandatario de la Ciudad no rebate argumentativamente los fundamentos de la Cámara mediante los cuales resolvió no conceder el recurso de inconstitucionalidad, al verificarse la ausencia de un caso constitucional (conf. mi voto, coincidente con el de la señora jueza Ruiz, *in re* “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘GCBA c/Primer Mundo S.A. s/ejecución fiscal’”, expte. n° 1567/02, resolución del 11/12/2002 en *CyJ, Fallos TSJBA*, IV-2004, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, pp. 758 y ss.).

También es aplicable, en este aspecto, la doctrina de la CSJN en lo que respecta al fundamento que deben expresar las quejas por recursos denegados (conf. *Fallos*, 308:2263; 311:2338; 293:166; 302:502; 290:391, entre muchos otros).

4. En verdad, el quejoso no presenta un caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley 402. Su discrepancia, planteada con respecto a cuestiones de hecho, prueba y derecho común, vinculadas a la interpretación de normas infraconstitucionales, no suple esta omisión: el escrito no contiene una impugnación autónoma, autosuficiente y fundada de la resolución en crisis. De modo que el quejoso no satisface la carga procesal consistente en realizar una crítica concreta y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. el tribunal *in re* “Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 865, resolución del 9/4/2001 en *CyJ, Fallos TSJBA*, III-2001, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 92/93), ni rebate argumentativamente los fundamentos por los cuales la Cámara resolvió no concederlo; omisión que obsta a su procedencia puesto que, de este modo, la presentación resulta privada del fundamento mínimo tendiente a demostrarla (*Fallos*, 290:391; 293:166; 302:502; 304:332; 307:723; 308:2263; 311:2338).

El recurrente tan sólo discrepa con el criterio que guía la interpretación de la Cámara tanto de un presunto acto procesal (la presentación de un escrito en el que se solicita el libramiento de una cédula) cuya existencia no ha probado, como del código de procedimientos local, que regula el instituto procesal de la caducidad de instancia, y hasta de una decisión de naturaleza análoga emanada del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (básicamente: los arts. 260 y 263, inc. 2°, CCAyT, y la resol. 499/00 —del 6/12/2000— emitida por el CMCABA, relativa, asimismo, al art. 125 del citado Código). Así, la queja sólo se limita a afirmar el carácter arbitrario de esa interpretación: en suma, refiere exclusivamente a una serie de datos ajenos al tema que debería proponerse en este tipo de recurso, esto es, la refutación de la denegatoria de configuración de una cuestión constitucional en el caso.

De modo que el recurrente se limita a discrepar con la Cámara sobre la manera en que ella interpretó el código procesal local que estatuye sobre la caducidad de instancia. El recurso, entonces, no logra articular el modo en que la decisión de la Sala I afecta algún derecho o garantía de raíz constitucional. La invocación ritual que se formula de la garantía de defensa en juicio y del debido proceso no subsanan el

defecto señalado, pues su mención y exposición no están acompañadas por una explicación concreta que indique cómo la caducidad dispuesta, aplicada al caso —según la interpretación suficientemente razonada y fundada de los tribunales de mérito— conculca aquellas garantías (conf. mi voto *in re* “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]’”, expte. n° 2516/03, resolución del 11/2/2004).

5. El recurso, por ende, no logra concretar el modo en el que la sentencia de la Cámara —que confirma la caducidad decretada por el juez de primera instancia— afecta algún derecho o garantía de raigambre constitucional que habilite la instancia ante el tribunal por esta vía, algo, por lo demás, sumamente difícil en el caso, pues se trata de una ejecución del Estado contra un contribuyente —quien, por regla, precisamente es el amparado por las garantías constitucionales. El alegado agravio a la garantía de la propiedad (renta fiscal) en cabeza del fisco local (fs. 95 *in fine* del expte. de la queja), en una ejecución de esa naturaleza, es desacertado, dado que dicha garantía trata sobre un derecho atribuido, en principio, a los particulares por la Constitución Nacional y, por lo tanto, no resulta reivindicable por el Estado en supuestos como el ahora señalado (conf. *ibídem*, sentencia en el expte. n° 1567/02, antes citado; expte. n° 1227/01, “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Sociedad Italiana de Beneficencia de Buenos Aires c/DGR [resol. 1881-DGR/00] s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR’”, sentencia del 26/3/2002, consid. 3 y sus citas).

6. En cuanto a la alegada *arbitrariedad* de la sentencia que se impugna, el Tribunal ha destacado que, más allá del acierto o error de una decisión judicial, la circunstancia de que el recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara sobre reglas de derecho común (infraconstitucional) o sobre la valoración de la prueba, no significa que la sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria. En el caso analizado, el mandatario del Gobierno de la Ciudad se limita a realizar afirmaciones meramente dogmáticas, bajo la designación de *arbitrariedad*, que, como el resto de su recurso de hecho, no involucran específicamente razones de índole constitucional.

Sólo deseo agregar que, como lo sostuve recientemente en mi voto *in re* “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]’”, expte. n° 3565/04, resolución del 26/5/2005, la mayoría de los

recursos fundados en esta llamada arbitrariedad de sentencia están destinados al fracaso. El caso bajo estudio no es una excepción (conf. TSJ *in re* “Federación Argentina de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas en *CyJ, Fallos TSJBA*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, t. I, pp. 282 y ss., “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo”, expte. n° 726/00, sentencia del 24/5/2001, *CyJ, Fallos TSJBA*, III-2001, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 240 y ss., y “Caballero, Jorge Alberto y otros s/art. 71, Cód. Contrav. —causa 555-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 912/01, sentencia del 5/12/2001, *CyJ, Fallos TSJBA*, III-2001, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 749 y ss.), pues para los recursos limitados por los motivos, esas decisiones, expresadas sintéticamente, aclaran que la mera discrepancia argumental con la sentencia recurrida no implica arbitrariedad o que la misma CSJN comprende a este motivo como excepcional, pues no tiene por objeto establecer una nueva instancia de mérito, ni corregir decisiones erróneas.

7. Por último, el cuestionamiento por *gravedad institucional* no ha sido introducido por el quejoso en tiempo útil, puesto que la primera oportunidad en que lo invocó fue el recurso de inconstitucionalidad, circunstancia que impidió su examen por la Cámara y la posibilidad de controversia que habilitaría la competencia de este Tribunal.

Por las razones señaladas, y de conformidad con la solución propuesta por la señora jueza de trámite y con lo dictaminado por el señor fiscal general, voto por rechazar la queja planteada por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el fiscal general,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Rechazar* la queja planteada por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, a fs. 92/111.

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

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

LXXIII

“GARCÍA, RICARDO OSCAR S/QUEJA
POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD
DENEGADO, EN: ‘GARCÍA, RICARDO OSCAR
Y OTROS C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)’”

RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad. Caso constitucional.

Invocación genérica de garantías constitucionales.

**Empleo público. Remuneración. Obligación dineraria
de carácter convencional. Contrato de mutuo bancario.**

Descuento por débito automático. Norma aplicable. Derecho local.

Doctrina de los actos propios. Principio de buena fe. Derecho de propiedad

Expte. nº 3884/05 - 3/8/2005

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Ricardo Oscar García interpuso una demanda de amparo contra el Gobierno de la Ciudad para que no se le efectúen “descuentos por recibos de haberes destinados a la cancelación de un préstamo con el Banco de la Ciudad de Buenos Aires” (fs. 2 vta. de la queja). El actor fundó la demanda en el dec. ley 6754/43 y en el dec. local 125/99. Señaló que se le efectúan descuentos en su recibo de sueldo a favor de Vida Activa Mutual, AMTAE y el Banco de la Ciudad de Buenos Aires, con esta entidad financiera a raíz de una deuda originada en un préstamo de dinero. Peticionó que se respeten las normas que regulan los descuentos de haberes por el Sistema de Código de Débito regulado en el dec. 125/99 que le confiere el derecho de interrumpir la aplicación de dicho sistema informando de ello al Banco Ciudad y al GCBA y, en consecuencia, que se interrumpan los descuentos a favor del banco local. Asimismo, manifestó que en virtud de lo dispuesto por el art. 4º del citado decreto, los descuentos no podían superar el límite afectable del 30 % del salario neto del empleado (fs. 1/4 vta, autos principales).

2. En primera instancia, el juez interviniente hizo lugar parcialmente a la demanda y dispuso que el Gobierno, al liquidar los haberes del actor, debe respetar el tope de descuentos establecido en el art. 9º del dec. 1916/03 del Poder Ejecutivo local (fs. 86/89 vta., autos principales). Para así deci-

dir, sostuvo que el dec. nac. 6754/43 se refiere a situaciones diferentes de la planteada en autos y que el decreto local n° 125/99 no se encuentra vigente por haber sido sustituido por el 1916/03. A su vez, consideró que no surge del dec. 1916/03 que el empleado pueda suspender las retenciones correspondientes a obligaciones contractuales que se practican en los términos del art. 9° ya que la interrupción a que se refiere el art. 5° concierne a los débitos que se practican en caja de ahorro.

3. El actor apeló la sentencia. Adujo que el dec. 1916/03 no puede dejar sin efecto lo dispuesto por una norma de mayor jerarquía como es el dec. nac. 6754/43, ratificado por ley 13.894 y que este decreto establece que los salarios de los empleados públicos son inembargables e impide que, en caso de deudas por préstamos de dinero o compras de mercadería, se pueda descontar ninguna suma de sus remuneraciones cuando no se haya seguido el procedimiento establecido en el art. 2° de dicha norma (fs. 94/97 vta, autos principales).

La Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario confirmó el pronunciamiento apelado por considerar que el decreto nacional no posee el alcance que el actor pretende acordarle pues el caso no se refiere, en forma sustancial, a embargos, ni trata sobre el límite legal de garantías otorgadas a favor de distintos acreedores sino de evitar deducciones que superen dicho límite (fs. 119/120 vta., autos principales).

4. Disconforme con lo resuelto, el actor planteó, entonces, recurso de inconstitucionalidad (fs. 125/137, autos principales), que no fue concedido por la alzada (fs. 149 y vta., autos principales).

5. Ante la denegatoria, el Sr. Ricardo García, dedujo el recurso de queja que obra a fs. 2/14 vta. de este expediente.

6. El fiscal general, al emitir su dictamen de fs. 20/24, propuso rechazar la queja.

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El recurso de queja interpuesto cumple con los requisitos extrínsecos, de tiempo y forma exigidos ritualmente (art. 33, ley 402), sin embargo no puede prosperar.

Las cuestiones que esta causa plantea son semejantes a las resueltas recientemente por el tribunal en los autos “Acosta, Félix Eduardo s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Acosta, Félix Eduardo c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 3639/04, sentencia

del 18/5/2005. Por esa razón, aplicaré a continuación los argumentos que allí expuse al emitir mi voto, y agregaré ciertas consideraciones en sentido concordante.

2. El agravio referido a la alegada inconstitucionalidad de las normas locales utilizadas por los jueces de la causa para resolver la cuestión debatida (decs. 125/99 y 1916/03) fue formulado a partir de una supuesta oposición de dichas reglas con disposiciones de carácter nacional (contenidas en el dec. 6754/43) que serían, en concepto del quejoso, aplicables en la especie. De esta manera, según el recurrente, se encontraría violentado el art. 31, C.N.

La Cámara sostuvo en su sentencia que el decreto nacional que el actor invoca no posee el alcance que él pretende acordarle “En efecto, el dec. 6754/43 establece, en lo pertinente, la inembargabilidad de los sueldos, salarios, pensiones y jubilaciones de los empleados de la administración municipal por obligaciones emergentes de préstamos de dinero, disponiendo en su art. 2° que los empleados referidos podrán ‘garantizar’ tales obligaciones afectando a su cumplimiento hasta el 20 % de su remuneración nominal mensual.//Sin embargo la cuestión debatida en el sub examine no se refiere en forma sustancial a ‘embargos’ ni tampoco a ‘garantías’ extendidas a favor de los distintos acreedores de la actora.//Es decir, no se trata en el caso de reconocer el límite legal de garantías otorgadas —cuestión que tornaría aplicable el dec. 6754/43— sino de evitar deducciones que superen dicho límite. Ello sentado, es claro que el caso, como se adelantó, no se encuentra regulado por la citada norma...” (fs. 120, autos principales).

Así, la Alzada concluyó que el alcance que el actor pretende asignarle al decreto nacional resulta inaceptable y, por lo tanto, la controversia no se resuelve mediante su aplicación.

A partir de este encuadre, los agravios contenidos en el recurso de inconstitucionalidad y luego en la queja, en mi opinión, no se hacen cargo en forma clara y suficiente del contenido de la sentencia atacada. En sus escritos recursivos el actor discurre extensamente acerca de la supuesta aplicabilidad de la norma nacional al caso, mas en ningún momento aborda de manera adecuada los concretos desarrollos que la sentencia atacada contiene en este punto para descartar su pretensión.

Por lo demás, este defecto del recurso fue correctamente advertido por el señor fiscal general en su dictamen cuando señala: “el conflicto que el propio amparista trae a estudio se refiere a algo distinto: la solicitud de interrupción de descuentos que se le realizan de su salario en razón de un préstamo que él mismo acordó. El actor ha fallado, entonces, en explicar

por qué dos supuestos distintos (el del caso de autos y el previsto por la normativa nacional que él invoca) deben equipararse” (fs. 22 vta.).

Por consiguiente, en este punto, el recurso de inconstitucionalidad fue correctamente rechazado por la Cámara, ya que no se ha demostrado la existencia de un derecho, principio o garantía constitucional lesionados, ni se ha realizado una crítica desarrollada y fundada sobre la invalidez de las disposiciones aplicadas en el caso, según reglas constitucionales (conf. este Tribunal *in re* “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: De Feudis, Antonio Roberto c/Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCBA)”, expte. n° 1084/01, sentencia del 13/9/2001, en *CyJ, Fallos TSJBA*, III-2001, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 503 y ss., y “Fariña, Juan Jorge c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo s/recurso de queja”, expte. n° 566/00, sentencia del 21/11/2000, en *CyJ, Fallos TSJBA*, II-2000, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 412 y ss.).

3. Por lo demás, el cuestionamiento referido a la aplicación del dec. 1916/03 del Poder Ejecutivo local es contradictorio con la actuación anterior de la parte en esta causa.

Para mejor ilustrar sobre la trasgresión a la prohibición de regreso (*venire contra factum proprium non valet*) es de hacer notar que el dec. 1916/03 GCBA vino a sustituir al dec. 125/99 GCBA por el que se creó el sistema de código de débitos destinado a las entidades mutuales, fundaciones y otras asociaciones civiles sin fines de lucro, que en su art. 4° admitía “como máximo afectable, el 30 % del salario neto del empleado adherido al régimen”. Esta norma se encontraba vigente al interponerse la demanda y el actor, fundó expresa, y extensamente, su derecho, en las disposiciones del decreto local n° 125/99 (fs. 2 vta. y 3, autos principales), además de referirse al régimen del dec. ley 6754/43.

El Sistema de Código de Débito fue modificado por el dec. 1916/03 GCBA que, además, reguló el sistema de descuentos de haberes por obligaciones dinerarias de carácter convencional. El nuevo régimen —que fuera tenido en cuenta por los jueces de las instancias anteriores—, en su art. 9°, establece “La remuneración del trabajador, liquidada por la Dirección General de Recursos Humanos sólo podrá ser afectada por obligaciones del carácter convencional hasta un máximo de un treinta por ciento (30 %) del haber mensual, descontadas las retenciones impuestas por las normas vigentes en el ámbito de este Gobierno. En el supuesto en que la remuneración se encuentre, asimismo, sujeta a embargos judiciales, los mismos tendrán prioridad sobre las deducciones surgidas de convenios entre partes...”. Como puede advertirse, la norma coincide —en lo que se refiere al

límite máximo afectable— con el art. 4° del dec. 125/99 (derogado) cuya aplicación al caso el actor peticionara en su demanda.

La situación referida en el párrafo anterior permite concluir que la actora ha hecho caso omiso de la doctrina que le impide colocarse en contradicción con sus propios actos anteriores (*venire contra factum proprium non valet*), cuyo principio fue receptado tempranamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa “Don Francisco Arigós contra D. Francisco Villanueva, por cobro ejecutivo de pesos”, publicada en *Fallos*, 7:138, como fue recordado en mi voto en la causa “Partido Justicialista c/Partido de la Generación Intermedia s/prohibición de uso de nombre”, expte. n° 511/00, sentencia del 9/8/2001 [conf. este Tribunal, en *CyJ, Fallos TSJBA*, III-2001, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 433 y ss.]. Es sabido que “la regla según la cual a ‘nadie le es lícito venir contra sus propios actos’ (...) se vincula a la necesidad de dotar de seguridad a los negocios jurídicos (...) y a la necesidad de impedir el obrar en contradicción con actos válidos, realizados por el mismo sujeto de derecho, de manera de incurrir en una incoherencia que desorienta a la parte contraria o, judicialmente, al contradictor y al Tribunal” [conf. este Tribunal *in re* “Partido Justicialista y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (Legislatura)” (voto de los doctores Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier), expte. n° 50/99, sentencia del 14/7/1999, en *CyJ, Fallos TSJBA*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, t. I, pp. 155 y ss.]. Consecuentemente, no resulta admisible que el actor peticione la inconstitucionalidad de una regla de derecho local, cuando la misma parte solicitó la aplicación de la norma que le precedió y que, en lo que interesa, resulta sustancialmente semejante. Tal obrar importaría, en los hechos, pretender, dicho ello en términos propios del lenguaje popular, tanto como “borrar con el codo lo que escribió con la mano”.

El apuntado principio sistematizado en España por destacados juristas (entre otros: PUIG BRETAU, José: *Estudios de derecho comparado. La doctrina de los actos propios*, Barcelona, 1951 y DIAZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis: *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, 1963) y receptado pretorianamente en el alto estrado de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, tal cual se ha visto, también ha adquirido, de forma indirecta, consagración legislativa a partir de la entrada en vigencia de la ley 17.711 de modificación del Código Civil (art. 1198, párr. 1°), en tanto en materia de contratos el *principio de buena fe* ha pasado a regir su celebración, interpretación y ejecución, lo que no es un dato menor en el *sub examine*, en la medida en que la más significativa de las retenciones experimentadas por el agente que nos ocupa tiene su origen en un mutuo bancario.

4. La parte recurrente también plantea, en el recurso de inconstitucionalidad, que la sentencia le impide disponer de la totalidad del salario. Expresa que constituye un uso legítimo del derecho de propiedad sobre sus ingresos, revocar la autorización dada para que se le efectúen los descuentos.

Como lo sostuviera el doctor Luis F. Lozano en su voto en la causa “Acosta” ya citada, esta cuestión no involucra directamente la garantía de la propiedad “...pues la sentencia no interpreta ni aplica el art. 17 de la C.N., ni juzga la validez de alguna otra norma de cara a ese precepto —y tampoco ello fue propuesto por las partes a decisión del juzgador”.

La controversia trató sobre la posibilidad de revocar la autorización concedida a la administración para que descuento de los haberes del actor las cuotas correspondientes a un préstamo en dinero que él obtuvo del Banco de la Ciudad, y sobre el porcentaje del salario que puede ser afectado por los descuentos, cuestiones cuya dilucidación resulta de definir el régimen jurídico aplicable a la situación descripta y que sólo en forma mediata involucra a la garantía de la propiedad. De tal manera, la invocación del art. 17 constitucional no resulta argumento suficiente para fundar un caso constitucional en este aspecto.

A este respecto cabe recordar que el tribunal ha dicho reiteradamente 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. n° 131/99, resolución del 23/2/2000 y sus citas, en *CyJ, Fallos TSJBA*, II-2000, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 20 y ss.).

Por las consideraciones expuestas, corresponde rechazar la presente queja.

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

De conformidad con el dictamen del señor fiscal general y por las razones expuestas en el fundado voto del juez José O. Casás, voto por el rechazo de la queja.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

I. El recurso de queja interpuesto por el señor Ricardo Oscar García a fs. 2/14 fue deducido en tiempo (art. 33, ley 402). Sin embargo, él no puede ser admitido.

Las cuestiones involucradas en esta causa son semejantes a las resueltas recientemente por el tribunal en los autos “Acosta, Félix Eduardo

s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Acosta, Félix Eduardo c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)”, expte. n° 3639/04, sentencia del 18/5/2005. Por tal motivo, volveré a exponer los mismos argumentos que sustentara mi voto en aquella oportunidad.

2. La queja reitera los defectos que ya contenía el recurso de inconstitucionalidad (fs. 125/137 del expediente principal), tal como acertadamente lo señala el señor fiscal general en su dictamen (fs. 20/24), pues si bien proclama en forma genérica la afectación de un derecho de raigambre constitucional —el derecho de propiedad, tutelado por los arts. 14 y 17, C.N., y 10 y 12, inc. 5°, CCBA— no logra establecer la adecuada correspondencia entre el derecho cuya afectación invoca y el contenido de la sentencia recurrida. Es decir, no logra exponer con éxito un caso constitucional.

Esta apreciación general exige, para fundamentar la decisión, de precisiones concretas. En el caso, puede observarse en los escritos mediante los cuales son interpuestos los recursos de inconstitucionalidad y de queja, el recurrente solamente formuló reproches genéricos a la sentencia recurrida, y se limitó a mencionar disposiciones constitucionales (arts. 14 y 17, C.N.). En consecuencia los supuestos agravios que invoca no alcanzan a presentar un caso constitucional por falta de argumentos suficientes (conf. este Tribunal *in re* “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Fullone, Mirta Susana c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 3101/04, resolución del 17/11/2004 y sus citas, mi voto, consid. 1 y 2; “Novik, Jorgelina Carla y Wlodkowsky, Irene c/GCBA s/amparo”, expte. n° 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. n° 1309/01, resolución del 6/3/2002 y sus citas).

Es más, la decisión judicial de no aplicar el dec. nac. 6754/43 (norma infraconstitucional) no define, como parece creerlo García, la existencia de una cuestión constitucional. Debe recordarse que la Cámara descartó su aplicación al caso concreto por entender que la situación fáctica planteada por el actor está regulada por el dec. local 1916/03, ya ésta versa sobre el límite máximo legal admitido para efectuar descuentos por débitos automáticos voluntariamente convenidos por el empleado.

3. Por las razones señaladas, voto por rechazar la queja interpuesta.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Es correcto afirmar, como lo hace la Cámara, que, fundada sustancialmente la articulación del recurrente en el art. 17 de la C.N. (dere-

cho de propiedad), el recurso fracasa en su procedencia porque se trata de una mera referencia a un instituto constitucional sin vinculación directa con el caso (fs. 149 y 149 vta.). En efecto, el derecho de propiedad no guarda relación alguna con la posibilidad del agente de gravar su salario voluntariamente (circunstancia que el quejoso reconoce explícitamente a fs. 1 vta. y 2 del escrito de inicio). Antes bien, las leyes protectoras de la integridad del salario se vinculan con una disminución del derecho de propiedad del agente o trabajador, en tanto él, conforme a las pautas establecidas legalmente, encuentra limitada su posibilidad de disponer de aquello que es o será (expectativa) su “propiedad”. El actor se agravia, asimismo, de la presunta violación al principio de supremacía del ordenamiento jurídico federal (art. 31, C.N.). En tal sentido, paradójicamente, la norma local aplicable al caso, citada *infra*, al establecer que las obligaciones dinerarias de carácter convencional, como las contraídas por el actor, sólo podrán afectar su remuneración mensual hasta un máximo de un treinta por ciento (30 %), concede más —autonomía— al agente que la norma nacional general (decreto ley y ratificación legislativas citadas *infra*), sobre cuya base el actor pretende finalmente fundar su demanda, y cuya nueva reglamentación permitiría afectar hasta un cuarenta por ciento (40 %) de su haber mensual.

2. Establecido aquello que antecede, creo que es correcto leer el recurso algo más allá de su literalidad, particularmente más allá de la actuación del Sr. Ricardo García que, como con toda corrección lo señala el señor juez de trámite, transgrede la prohibición de regreso (*venire contra factum proprium non valet*, punto 3 de su voto). Al aplicar un criterio caritativo de interpretación, no sólo es posible, sino inevitable advertir que el recurrente acude argumentalmente a la supremacía constitucional (C.N., 31) para, de manera notoriamente confusa, intentar que rija el caso la ley nacional (dec. ley 6.754/43, ratificado por ley 13.894), que según él lo favorecería, antes que la norma local (dec. 125/99, no vigente, reemplazado por el dec. 1916/03, vigente actualmente), que según él lo perjudicaría.

La contradicción entre ambas normas resulta de que el decreto local permite deducciones de hasta el 30 % del salario, mientras que la ley nacional las permite, de acuerdo con el entendimiento de la parte actora, hasta el 20 %. Por lo demás, esta contradicción no parece del todo exacta, pues se desenvuelve a la manera de círculos secantes, en el sentido de que la ley nacional se refiere a “obligaciones emergentes de préstamos en dinero o de compra de mercadería... en la proporción y condiciones del presente decreto”, mientras que la ley local considera afectaciones “por obligaciones dinerarias de carácter convencional”.

Conviene decir, desde ya, que ambas regulaciones se refieren al empleo público: sueldos y salarios de la Administración nacional o local.

En un caso similar, recientemente resuelto por el Tribunal, sostuve que, con cierta benevolencia, podía considerarse que el actor había planteado un caso constitucional, puesto que había afirmado de modo inequívoco, y sobre la base de una argumentación mínimamente aceptable, que la regulación nacional era federal y primaba sobre la regulación local —ambas antes anticipadas en su contenido— (conf. mi voto en “Acosta, Félix Eduardo s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Acosta, Félix Eduardo c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA]’”, resolución del 18/5/2005, consid. 2).

Sin embargo, y no obstante superar la literalidad del recurso a la hora de interpretarlo, creo que en este caso el planteo debe desestimarse. En efecto, el quejoso no ha articulado ningún argumento que permita justificar su entendimiento en cuanto a la aplicación, directa o analógica, del decreto nacional mencionado al conflicto que plantea su caso. Por lo contrario, él asume dogmáticamente que la solicitud de interrupción de descuentos que se le aplican a su salario en razón de un préstamo que él mismo acordó está regida por un decreto nacional al que, en verdad, corresponde estar cuando el conflicto se refiere a la inembargabilidad de los salarios. En este sentido, el actor afirma: “Es *ostensible* [énfasis suplementado], además, que si rige la inembargabilidad de las remuneraciones para los empleados públicos, por el total de los salarios, si se trata de deudas por préstamos de dinero o por compras de mercaderías, también debe admitirse que si ha habido un convenio para descontar cuotas de préstamos, por recibos de haberes, y el deudor es un empleado público, éste puede ordenar que no se le efectúen más descuentos” (fs. 96 vta.).

En consecuencia, concluyo que el agravio relativo a la supremacía constitucional debe ser desestimado puesto que, como regla general, la mera invocación de una contradicción aparente entre dos normas de distinta jerarquía, ausente todo desarrollo argumental en sustento de tal señalamiento, no constituye una cuestión de carácter constitucional en los términos del art. 27 de la ley 402 (conf. este Tribunal *in re* “Yosifides, Ileana y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/amparo [art. 14, CCBA] s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 1087/01, resolución del 26/12/2001; “Ardaiz, Juan José y otro s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Juan José Ardaiz y otro c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’, expte. n° 1605, resolución del 25/9/2002; “Langoni, Patricia Rosa y otros c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 1627/02, resolución del 4/9/2002, entre otros).

3. Como planteé hipotéticamente en el caso “Acosta”, citado *supra*, si la ley nacional se hubiera propuesto fijar un principio de seguridad individual referido al derecho laboral y el recurrente hubiese invocado, en ese caso, los arts. 14 bis de la C.N. y 43 de la CCBA, entonces habría sido factible, por recurso a tales normas, el planteo de supremacía que él propone, como reglamentación legal directa por el Congreso de la Nación de la Constitución, a pesar de que —valga la precisión— resulta dudoso que la reglamentación del trabajo (C.N., 75, inc. 12) por la ley se considere de carácter federal, tal que legitime la supremacía invocada. Para ello, debería remitirse directamente dicha reglamentación a la cláusula del art. 14 bis de la C.N.

Pero este planteo hipotético no se corresponde aquí con el caso en disputa, pues tanto la ley nacional citada como la norma local vigente se refieren directamente a la administración pública, al empleo público, esto es, como se dijo, a los sueldos y salarios de los empleados y obreros de la Administración. Y resulta conocido que las reglamentaciones del empleo público son, en principio, de carácter local. No obsta a ello el hecho de que la ley 13.894, ratificatoria del dec. ley 6754/43, pretenda aplicación local puesto que, en el sentido del derecho de propiedad que el recurrente ha puesto en movimiento, la norma local le concede mayor autonomía a su voluntad que la ley nacional, esto es, dicho eufemísticamente, “le concede mayor propiedad”. Es conocido que las leyes —nacionales o locales— pueden reconocer mayores —nunca menores— ventajas que las que asegura la misma Constitución.

A tal punto ello es así, que *la nueva reglamentación de la ley* por el Poder Ejecutivo Nacional para sus agentes (art. 3º, dec. nac. 691/00,) pudo, confesadamente, superar el límite de la misma ley (40 % en el decreto nacional y 20 % en la norma legal) para concederle a los agentes del Poder Ejecutivo nacional una posibilidad de disposición superior sobre su salario. Ello indica que también la regla local pudo superar el límite establecido por la ley nacional, sin mengua —sino con ganancia— para el derecho de propiedad que pone en acto el recurrente.

4. Por lo tanto, aunque por razones parcialmente distintas, coincido con la sentencia recurrida en el sentido de la validez constitucional de la norma local, su aplicabilidad al caso y, en consecuencia, voto por rechazar la queja planteada.

5. Las costas deberán correr por el orden causado (conf. art. 14, CCBA).

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Adhiero al voto del Dr. Casás, en los puntos 1, 2, y 4.

En mi opinión son suficientes para sustentar esta solución.

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

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. Rechazar la queja interpuesta por el Sr. Ricardo Oscar García a fs. 2/14 vta.

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

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

LXXIV

“CARRAZCO, RAÚL ALBERTO S/QUEJA POR RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO,
EN: ‘CARRAZCO, RAÚL ALBERTO C/GCBA
S/IMPUGNACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS’”

RECURSO DE QUEJA: Desistimiento

Expte. n° 3838/05 - 3/8/2005

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

Acude en queja ante este Tribunal el actor, por la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad oportunamente interpuesto ante la Sala I de la Cámara (fs. 17/25).

Habiendo dictaminado el fiscal general adjunto (fs. 35/37), la jueza de trámite de la causa dispuso que los autos pasen al acuerdo (fs. 38).

A fs. 39, el recurrente desiste del recurso de queja interpuesto.

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

En atención a lo expresamente manifestado por el recurrente a fs. 39, corresponde declarar desistido el recurso de queja interpuesto.

Los jueces LUIS F. LOZANO, ALICIA E. C. RUIZ, JULIO B. J. MAIER y JOSÉ O. CASÁS dijeron:

Adherimos al voto de nuestra colega, la jueza Ana María Conde.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Declarar* desistido el recurso de queja interpuesto por Raúl Alberto Carrasco.

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

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

LXXV

“STEGEMANN, OSCAR S/QUEJA POR RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO,
EN: ‘STEGEMANN, OSCAR A. C/BERTICHE,
ALFREDO S/MEDIDA CAUTELAR URGENTE”

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL.

INADMISIBILIDAD: Admisibilidad. Competencia. Jurisdicción local. Medida cautelar. Sentencia definitiva. Agravio irreparable

Expte. nº 3848/05 - 3/8/2005

VISTO:

El expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

El actor interpone recurso extraordinario federal (fs. 47/68) contra la sentencia de fs. 31/43 que rechazó la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado.

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso extraordinario federal interpuesto a fs. 47/68 por el actor cumple con los requisitos extrínsecos, de tiempo y forma, exigidos ritualmente. Sin embargo, debe ser denegado.

2. Como surge de las actuaciones precedentes frente a la decisión del juez de primera instancia que declaró la incompetencia de la justicia local para entender en una medida cautelar planteada por el Sr. Stegemann tendiente a que se suspendan los efectos de los actos de discriminación denunciados en su demanda, él interpuso un recurso de apelación que la Cámara declaró desierto. Contra esa sentencia planteó un recurso de inconstitucionalidad que al serle denegado dio lugar a que dedujera una queja que también fue desestimada por este Tribunal. Contra esta decisión, interpone, ahora, el recurso extraordinario federal.

La sentencia cuestionada, en cuanto se expide sobre la competencia, no constituye una sentencia definitiva para el recurso extraordinario federal, conforme el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En efecto, la CSJN ha establecido, en numerosas ocasiones, que las decisiones en materia de competencia, cuando no media denegación del fuero federal, no son susceptibles de la apelación extraordinaria por no revestir el carácter de sentencias definitivas en los términos del art. 14 de la ley 48 (*Fallos*, 288:95; 310:169, 1425, 2214; 311:605, 1232, entre otros). La excepción no se verifica en el caso ya que, justamente, el juez de primera instancia declaró la incompetencia de la justicia local para entender en la cautelar solicitada.

3. La resolución sobre una medida cautelar tampoco es definitiva ni importa una decisión que, por sus efectos, pueda ser equiparada a tal, conforme el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ya que las decisiones que ordenan, modifican, deniegan o levantan medidas cautelares no revisten, en principio, el carácter de sentencias definitivas, en los términos exigidos en el art. 14 de la ley 48 para la procedencia del remedio extraordinario (*Fallos*, 258:262; 262:136; 273:339; 308:91; 310:681; 313:116, entre muchos otros).

Por lo demás, no se ha demostrado la existencia de un requisito tradicionalmente exigido por la jurisprudencia de la Corte Suprema para equiparar a sentencia definitiva una decisión referida a una medida cautelar, esto es, que medie un agravio que, por su magnitud y por las circunstancias de hecho, resulte irreparable (*Fallos*, 295:646; 308:90, entre muchos otros).

En el escrito de interposición del recurso extraordinario, el actor alegó su condición de diabético. Manifiesta que actualmente se encuentra en uso de licencia y que a su finalización deberá retomar el servicio sufriendo plenamente la discriminación, lo que supondrá el agravamiento de su enfermedad. Más allá de señalar que las expresiones contenidas en su escrito son contradictorias (véase fs. 48/48 vta. y fs. 57 vta.), destaco que el recurrente no ha acreditado mínimamente las circunstancias invocadas, no ha ofrecido prueba para hacerlo, como hubiera correspondido. Ni siquiera en su argumentación, ha vinculado de un modo directo e inmediato el alegado agravamiento de su estado de salud con el padecimiento que él describe.

En suma: las referencias efectuadas en el recurso sobre el carácter irreparable de los agravios no han sido adecuadamente fundamentadas, ni debidamente probadas en la causa.

4. Por lo expuesto, corresponde denegar el recurso extraordinario interpuesto a fs. 47/68. 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.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Coincido con la solución propuesta por la jueza de trámite, Dra. Alicia E. C. Ruiz. Las mismas razones por las que sostuve que la queja debía ser rechazada —sentencia de fecha 1/6/2005— que, *mutatis mutandi*, son aplicables, conducen a denegar el recurso extraordinario federal interpuesto a fs. 47/68.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

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

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Coincido con la solución propuesta por la señora jueza de trámite, Dra. Alicia E. C. Ruiz. En oportunidad de decidir acerca de la procedencia de la queja planteada por el Sr. Stegemann, fundé mi voto negativo, entre otras consideraciones, en el carácter desconcertante de su petitorio, que reputé huérfano de seriedad y resultante de una interpretación antojadiza, y por cierto inverificable, de los hechos que se desprendían de la causa. Como surge de este señalamiento, sumado a los fundamentos diversos por los cuales sostuve que el recurso de queja planteado por el actor debía ser rechazado, en el caso no se debate ninguna cuestión de índole federal que habilite la intervención de la Corte Suprema de Justicia. Por consiguiente, voto por denegar el recurso extraordinario federal interpuesto a fs. 47/68.

El juez José O. Casás dijo:

El recurso extraordinario federal interpuesto por el actor es inadmisible. Tal como lo señala en su voto la señora jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz, el remedio federal intentado no se dirige contra una sentencia definitiva o equiparable a tal, según la consistente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ello así, toda vez que el señor Stegemann, en suma, se agravia de una declaración de incompetencia de la jurisdicción *local* en el marco de una pretensión de carácter *cautelar* (Fallos, 308:90; 323:2205 y 2790, entre muchos otros).

Así lo voto.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Denegar* el recurso extraordinario federal interpuesto, con costas para el recurrente.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva como está dispuesto a fs. 43, punto 2.

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

LXXVI

“CELIA S.A. S/QUEJA POR RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO,
EN: ‘CELIA S.A. C/GOBIERNO DE LA CIUDAD
S/CONTRATO DE OBRA PÚBLICA’”

RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad. Principio de autosuficiencia. Depósito. Beneficio de litigar sin gastos. Caso constitucional. Invocación genérica de garantías constitucionales. Aplicación e interpretación de normas infraconstitucionales. Arbitrariedad de sentencia

Expte. n° 3797/05 - 3/8/2005

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe;

RESULTA:

1. El Dr. Horacio Ferdkin, en representación y patrocinio de CELIA S.A. interpuso recurso de queja (fs. 6/10) ante este Tribunal contra la decisión de fecha 10/12/2004 por la que la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario rechazó el recurso de inconstitucionalidad oportunamente interpuesto contra la resolución del 16/6/2004. En esa oportunidad la Cámara desestimó el recurso de apelación planteado y confirmó la sentencia de primera instancia que hizo lugar a la excepción de prescripción y caducidad opuesta por el GCBA, conforme los arts. 25, 26 y 27 de la ley 24.447 ante la demanda interpuesta por CELIA S.A. solicitando la liquidación y pago de facturas impagas, originadas en un contrato de locación de obra pública celebrado con la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires.

2. En el recurso de inconstitucionalidad, la Cámara sostuvo que la recurrente no logró exponer con la fundamentación y precisión debida un caso constitucional conforme lo exige el art. 27 de la L.P.T.

3. El fiscal general adjunto, al contestar la vista, se pronunció por el rechazo de la queja (fs. 104/107).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso de queja se halla interpuesto por escrito fundado, dentro del término de ley, según surge de las constancias del expediente, y no corresponde, por ahora, efectuar el depósito previsto en el art. 34 de la ley 402 en razón del beneficio provisional otorgado a la parte actora (art. 77, CCAyT).

2. El recurso de inconstitucionalidad que defiende la queja no logra plantear un caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley de procedimientos ante este Tribunal en tanto se sustenta, exclusivamente, en la mera discrepancia de la recurrente con la decisión del tribunal *a quo*.

En efecto, la presentación efectuada por la recurrente se reduce a cuestionar la aplicación de la ley 24.447 en razón de la cual se declarara la caducidad de su derecho al cobro de determinadas deudas al GCBA. En tal sentido, la queja interpuesta padece de un defecto sustancial: no logra conectar el agravio concreto que —afirma— le provoca la sentencia de Cámara, con un motivo de impugnación de carácter constitucional, esto es, con la aplicación de una norma que lesione una garantía constitucional referida directamente al caso (conf. este Tribunal *in re* “Góngora Martínez, Omar Jorge s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en:

Góngora Martínez, Omar Jorge c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo [art. 14, CCBA]”, expte. n° 3264/04, resolución del 23/2/2005). Es decir que no se ha logrado exponer fundadamente un caso constitucional, más allá de efectuar alusiones genéricas a la afectación de los derechos de igualdad, propiedad, defensa en juicio y debido proceso.

La parte recurrente tiene la carga de fundar el recurso y sostener la queja, brindando una argumentación plausible que logre desarrollar un caso constitucional con la seriedad y contundencia que un recurso de esta naturaleza requiere, extremo que no se verifica en la presente causa. Por el contrario, el escrito del recurso sólo transcribe citas de doctrina y jurisprudencia pero no las relaciona concretamente con el caso en estudio ni con los agravios que alega le produce la sentencia de Cámara.

3. Por otra parte, el recurso de inconstitucionalidad fue correctamente denegado por la Cámara, en tanto las disposiciones puestas en juego para fundar la sentencia, especialmente los arts. 25, 26 y 27 de la ley 24.447, constituyen aplicación e interpretación de reglas infraconstitucionales, materia no comprendida por el recurso interpuesto ni constitutiva de la competencia del tribunal, más allá del acierto o desacierto de su interpretación según los puntos de vista de los diversos intérpretes. El recurso de inconstitucionalidad no erige al tribunal en una tercera instancia sobre hechos ni sobre derecho común.

4. En cuanto a los agravios referidos a la arbitrariedad, debo señalar que la sentencia, más allá de la discrepancia de la recurrente con lo decidido, efectúa una interpretación razonada de los hechos y del derecho que juzgó aplicable al caso concreto y por tanto resulta aplicable la doctrina del tribunal en cuanto ha indicado que la circunstancia de que el recurrente disienta con el razonamiento efectuado por la Cámara, 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. n° 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas: *CyJ, Fallos de TSJBA*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, t. I, pp. 282 y ss.).

En cuanto a la alegada omisión de tratamiento de la inconstitucionalidad de los arts. 25, 26 y 27 de la ley 24.447 que la recurrente sostiene haber planteado a fs. 258 (fs. 280), cabe señalar que no se verifica en la causa tal situación. Efectivamente, la impugnación deducida no ha sido debidamente fundada ni en el escrito que contesta el traslado de las excepciones de caducidad y prescripción interpuestas ni en el memorial, lo que la inhabilita para ser tratada con carácter de agravio, como correctamente lo afirma la Cámara en su sentencia (fs. 310).

La cuestión constitucional debe introducirse en el juicio en tiempo oportuno, para que los jueces intervinientes tengan ocasión de considerarla y resolverla, pues la articulada con posterioridad a la sentencia del tribunal superior de la causa no habilita la intervención del Tribunal Superior de Justicia por medio del recurso de inconstitucionalidad y el planteo debe ser considerado extemporáneo por tardío [conf. este Tribunal, expte. n° 1286/01, “Consortio 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”, del 20/2/2002; íd. expte. n° 1302/01, “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado” y su acumulado expte. n° 1312/01, “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Consortio de propietarios Avda. Dellepiane 4800 Torre 10 (ex 14) Barrio Cardenal Copello c/Comisión Municipal de la Vivienda s/ ejecución de expensas’”, del 20/3/2002].

En consecuencia, la queja planteada debe ser rechazada.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por CELIA S.A. a fs. 6/10 fue deducido en tiempo y forma (art. 33, ley 402). Sin embargo, él no puede ser admitido.

El escrito no contiene una impugnación autónoma, autosuficiente y fundada de la resolución de fs. 5. De modo que la quejosa no satisface la carga procesal consistente en realizar una crítica concreta y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. el tribunal *in re* “Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 865, resolución del 9/4/2001), ni rebate argumentativamente los fundamentos por los cuales la Cámara resolvió no concederlo; omisión que obsta a su procedencia puesto que, de este modo, la presentación resulta privada del fundamento mínimo tendiente a demostrarla (*Fallos*, 290:391; 293:166; 302:502; 304:332; 307:723; 308:2263; 311:2338).

La omisión señalada basta para rechazar la queja intentada.

2. La queja reitera los defectos que ya contenía el recurso de inconstitucionalidad (fs. 315/319, expediente principal). El quejoso sostiene de modo genérico la violación de derechos de raigambre constitucional —el derecho de propiedad y el derecho a la defensa en juicio, tutelados por los arts. 17 y 18 de la C.N.— pero no logra establecer la adecuada correspondencia entre la afectación que invoca y el contenido

de la sentencia recurrida. Es decir, no alcanza a exponer una cuestión constitucional.

En el caso, los recursos de inconstitucionalidad y de queja se limitan a formular reproches genéricos a la sentencia recurrida, y a la men- ción de disposiciones constitucionales (arts. 17 y 18, C.N.). En conse- cuencia los supuestos agravios que invoca no alcanzan a presentar un caso constitucional por falta de argumentos suficientes (conf. este Tri- bunal *in re* “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denega- do, en: ‘Fullone, Mirta Susana c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 3101/04, resolución del 17/11/2004 y sus citas, mi voto, consids. 1 y 2; “Novik, Jorgelina Carla y Wlodkowsky, Irene c/GCBA s/ampa- ro”, expte. n° 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 ces- antía ni exoneración’”, expte. n° 1309/01, resolución del 6/3/2002 y sus citas).

Por otra parte, los supuestos agravios constitucionales ha sido extemporáneamente introducidos. Y ello porque aunque la sentencia de primera instancia estaba fundada en los arts. 26 y 27 de la ley 24.447, al tiempo de apelar el quejoso no cuestionó su validez. CELIA S.A. recién plantea la supuesta inconstitucionalidad de dichas normas en su recurso de inconstitucionalidad.

En este sentido, el tribunal ya ha expresado que la cuestión constitu- cional debe ser introducida en el juicio en tiempo oportuno, para que los jueces intervinientes tengan ocasión de considerarla y resolverla, pues la articulada con posterioridad a la sentencia del tribunal superior de la cau- sa no habilita la intervención del Tribunal Superior de Justicia por medio del recurso de inconstitucionalidad y el planteo debe ser considerado ex- temporáneo por tardío [conf. este Tribunal, expte. n° 1286/01, “Consortio de propietarios edificio 86 (ex 78) nudo 2, barrio Soldati c/Comisión Municipal de la Vivienda s/ejecución de expensas s/recurso de inconstitu- cionalidad concedido”, del 20/2/2002; íd. expte. n° 1302/01, “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado”, y su acumulado expte. n° 1312/01, “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: “Consortio de propietarios Avda. Dellepiane 4800 Torre 10 (ex 14) Barrio Cardenal Copello c/Comisión Municipal de la Vivienda s/ejecución de expensas’”, del 20/3/2002].

3. La alegada arbitrariedad de la sentencia impugnada no logra demostrar que la interpretación de la Sala I de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario respecto de los hechos tenidos en cuenta y de las normas aplicables (arts. 25, 26 y 27 de la ley 24.447), sea infundada o afecte principios constitucionales.

Como manifesté ya en otras ocasiones “la mera discrepancia del recurrente con el fallo impugnado no es un elemento para rechazar el recurso, sino un presupuesto necesario, aunque no suficiente (...). Al requisito señalado deben sumarse otros: la interposición en tiempo oportuno y la introducción de un caso constitucional” (conf. “Carracedo, Hugo Luis s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado” y su acumulado expte. n° 2578 “GCBA s/recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado” ambos en: “Carracedo, Hugo Luis c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]”, expte. n° 2567/03, resolución de 20/4/2004).

4. Por las razones señaladas, voto por rechazar la queja interpuesta.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Adhiero a la solución propuesta en el voto de mi colega Ana María Conde. La parte recurrente no demuestra que la sentencia impugnada sea fruto del libre albedrío. Por el contrario, el pronunciamiento impugnado encuentra respaldo suficiente en el régimen establecido por la ley 24.447 y el dec. 852/95 cuya constitucionalidad no apareció, *al a quo*, cuestionada de manera suficiente y oportuna, en tanto no la trató, parecer que tampoco refuta adecuadamente el recurso.

Los jueces JULIO B. J. MAIER y JOSÉ O. CASÁS dijeron:

Adherimos al voto de nuestra colega, la jueza Ana María Conde.

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

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Rechazar* la queja planteada por CELIA S.A., a fs. 6/10.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique, se continúe el trámite tendiente a determinar la procedencia del depósito previsto en el art. 34 de la ley 402 y, oportunamente, se devuelva el principal con esta queja.

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

LXXVII

“LAGOMARSINO DE FERNÁNDEZ, NORMA ROSA S/QUEJA
POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD
DENEGADO, EN: ‘LAGOMARSINO DE FERNÁNDEZ, NORMA
ROSA C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCBA)’”

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL. INADMISIBILIDAD:

Admisibilidad. Cuestión federal. Caso constitucional. Norma de carácter federal. Derecho común. Comunicaciones del Banco Central de la República Argentina. Cuentas corrientes. Cajas de ahorro. Pago por débito automático. Arbitrariedad de sentencia

Expte. n° 3556/04 - 3/8/2005

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Norma Rosa Lagomarsino de Fernández promovió acción de amparo contra el Banco de la Ciudad de Buenos Aires (fs. 1/3 del expediente principal) para que éste cesara de efectuar descuentos por débitos automáticos de la cuenta de caja de ahorro de la cual la actora es titular en dicha institución. Los débitos se destinaban al pago de cuotas para la cancelación de un préstamo que ella había acordado con el Grupo Suipacha. Una segunda pretensión de la demandante era lograr la reversión de los débitos automáticos (directos abiertos) efectuados durante los treinta días previos al 15/7/2003, fecha en la cual la amparista presentó una nota en la entidad bancaria a esos efectos (fs. 1 vta. del expediente principal).

La jueza de primera instancia decidió que la cuestión había devenido abstracta (fs. 121/123, del expediente principal).

2. Apelada la sentencia por la actora, la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario hizo lugar parcialmente a la acción de amparo en cuanto a la suspensión de débitos automáticos (fs. 140/143, expediente principal) y rechazó la pretensión dirigida a revertir los débitos automáticos anteriores al día 15/7/2003.

3. La actora planteó, entonces, el recurso de inconstitucionalidad (fs. 146/152, del expediente principal) que, al no ser concedido por la Sala, motivó el recurso de queja interpuesto ante el tribunal con el patrocinio letrado del señor defensor general, Víctor E. Hortal (fs. 1/20).

El tribunal rechazó la queja (fs. 68/72). La actora dedujo el recurso extraordinario agregado a fs. 77/104, que fue contestado por el Banco accionado solicitando su rechazo (fs. 107/110).

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El recurso extraordinario federal planteado por la actora, no obstante dar cumplimiento a los requisitos extrínsecos —de tiempo y forma— exigidos ritualmente, no debe ser admitido pues el tópico debatido no involucra una cuestión federal.

2. En primer término, como lo expresé en la sentencia recurrida “en los escritos mediante los cuales son interpuestos los recursos de inconstitucionalidad y de queja que, no obstante enunciarse en abstracto la afectación al derecho de propiedad del quejoso —fs. 2 del expediente principal y 14/14 vta. del expediente de queja—, éste no logra exponer fundamentadamente un caso constitucional, conforme lo establece el art. 27, ley 402. La recurrente solamente formuló reproches genéricos a la sentencia recurrida, así como incurrió en la mera mención de disposiciones constitucionales (los arts. 14 y 17, C.N.), sin conectar esos reproches con las menciones que realiza, de manera de establecer una verdadera causa constitucional”. La deficiencia para articular un caso constitucional sobre la base de la lesión al derecho propiedad, planteado adecuadamente ante las instancias anteriores, veda la admisión del recurso por ese agravio.

3. En segundo orden, debe tenerse en claro que el carácter federal de una norma no depende en forma exclusiva de la autoridad de la cual ella emana sino, también, de la cuestión sobre la que trata. Si bien la Corte Suprema ha admitido el recurso extraordinario en relación con algunas circulares y comunicaciones del Banco Central (*Fallos*, 310:1606; 320:419) “toda vez que se pone en tela de juicio el alcance e interpretación de normas federales” (*Fallos*, 320:1480), en el caso, los aspectos de la controversia reglados por los puntos 1.9.2 y 1.10 de la comunicación A-3336 y por el punto 3.1.8.3 y concordantes de la comunicación A-2559, no se refieren a cuestión alguna de derecho federal, sino a tópicos de derecho común, a saber: la incidencia de una manifestación posterior de voluntad sobre los pagos efectuados a través de débitos automáticos (reversión) y la suspensión o interrupción de los pagos autorizados por ese sistema. Se trata, en verdad, de disposiciones de la autoridad de superintendencia del sistema bancario argentino referidas a cierta forma de uso de las cuentas corrientes bancarias (previstas en los arts. 791 a 797 del Cód. de Com.) y

de las cajas de ahorro para el pago de impuestos, servicios, saldos de tarjetas de crédito, etcétera.

Sobre el punto, conviene recordar que la CSJN ha señalado que una norma es federal “siempre que la intención de producirla sea inequívoca y no se apoye en el mero arbitrio del legislador, sino en necesidades reales y fines federales legítimos, impuestos por circunstancias de notoria seriedad” (*Fallos*, 248:781), necesidades y fines que no existen en la regulación de cierta modalidad del “pago”.

4. Finalmente, la arbitrariedad alegada en el punto II.1.iii (fs. 78) pretende, de ese modo, introducir la cuestión constitucional por afectación de las garantías del debido proceso y de la defensa en juicio.

Al respecto, cabe destacar que la admisibilidad del recurso por arbitrariedad, como lo tiene dicho la Corte Suprema, es estricta: “La doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados (...), sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N.” (*Fallos*, 312:246; 389, 608, 1839, entre otros).

El recurso, en relación con este agravio, también es inadmisibles en tanto se sostiene, básicamente, en la discrepancia de la actora con la interpretación efectuada por la mayoría del tribunal en su sentencia.

5. Como surge de los puntos precedentes, en el caso no se debate ninguna cuestión de índole federal que habilite la intervención de la Corte Suprema de Justicia. Por tal razón, voto porque el recurso se declare inadmisibles.

En cuanto a las costas, en tanto el recurrente pudo considerar que por tratarse de comunicaciones emanadas del Banco Central de la República Argentina se encontraba en debate el alcance de una regla de Derecho federal, corresponde apartarse del principio objetivo de la derrota e imponerlas por el orden causado (art. 68, párr. 2º, CPCCN).

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez Julio B. J. Maier.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Adhiero a la solución propiciada por mi colega, el doctor Julio B. J. Maier, en cuanto decide declarar inadmisibles el recurso extraordinario federal interpuesto por la parte actora. También participo de los desarrollos

del voto del señor juez de trámite que ponen en evidencia la generalidad de los agravios que contiene el recurso vinculados a la alegada violación del derecho de propiedad de la recurrente y a la arbitrariedad de sentencia.

2. El recurso incoado, asimismo, expresa de manera genérica que en las presentes actuaciones “se encuentra controvertida la inteligencia que corresponde asignar a normas de carácter federal, v. gr. las comunicaciones del Banco Central de la República Argentina A-2559 y A-3336” (fs. 77 vta.).

Sin embargo, tal como lo señala el señor juez de trámite en su voto, el carácter federal de una norma no depende en forma exclusiva de la autoridad de la cual ella emana sino, también, de la cuestión sobre la que trata.

En el caso, las normas invocadas de la comunicación A-3336 (puntos 1.9.2 y 1.10) y de la comunicación A-2559 (punto 3.1.8.3 y concordantes) resultan ser disposiciones derecho común —que, en lo que aquí interesa, regulan la modalidad de pago por débito automático (y la posibilidad de reversión de ese débito)—. En este sentido, resulta aplicable en la especie la reiterada jurisprudencia del tribunal cimero que ha establecido que tienen carácter de normas de derecho común: los códigos de fondo que ha sancionado el Congreso con arreglo a las previsiones del art. 75, inc. 12 de la C.N. —que legislan de manera general y estable respecto a todo el territorio de la República—, las leyes que se declaren incorporadas a esos códigos, así como las que, no mediando tal declaración, los integran, modifican o amplían (*Fallos*, 188:8; 250:236, entre otros), conclusiones extensibles a reglas de inferior rango que actúen en dicho ámbito.

En suma, la recurrente no provee andamiaje suficiente para sostener el recurso intentado. La mera invocación de las disposiciones constitucionales que garantizan el derecho de propiedad y de las citadas normas emitidas por el BCRA no resulta idónea para lograr demostrar nítidamente que, en el caso, exista una cuestión federal por encontrarse controvertida la inteligencia de disposiciones de tal carácter que guarden relación directa con lo decidido.

Costas por su orden, por las razones expuestas por el juez Julio B. J. Maier.

Así lo voto

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Comparto la solución propuesta por el juez de trámite, Dr. Julio B. J. Maier en cuanto que el recurso debe ser denegado.

Como sostuve al rechazar la queja —sentencia del 18/5/2005—, la Cámara basó su sentencia en consideraciones acerca del contenido del

contrato celebrado por las partes al que estimó sujeto a normas de derecho común. Dicho contrato, por lo demás, no fue tachado de nulo. La solución del *a quo* se basa, pues, en cuestiones no federales que privan a lo resuelto de relación directa con las circulares del Banco Central que cita la actora.

No encuentro razones para apartarme de la regla general según la cual las costas deben pesar sobre la vencida.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Adhiero a la solución propuesta por mi colega Julio B. J. Maier y, en consecuencia, voto por denegar el recurso extraordinario intentado.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Denegar* el recurso extraordinario federal interpuesto e imponer las costas por el orden causado.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se cumpla con lo dispuesto a fs. 72, punto 2, última disposición.

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

LXXVIII

“MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA OFICIAL
EN LO CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS N° 4—
S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD
DENEGADO, EN: ‘SOTO, PABLO S/INFRACCIÓN
ART. 41, CÓD. CONTRAV. —NULIDAD— APELACIÓN”

RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad.

Continuación del proceso. Sentencia definitiva. Agravio irreparable

Expte. n° 4030/05 - 3/8/2005

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. El defensor de Pablo José Soto interpuso queja (fs. 38/43) contra la resolución del día 16/6/2005 por la cual la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas resolvió declarar inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad presentado contra la resolución (fs. 22/26) que confirmó la decisión del juez de primera instancia de no hacer lugar a los planteos de nulidad por él formulados (fs. 11/14).

2. La Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas sostuvo al rechazar el planteo de la defensa:

- a) que el recurso de inconstitucionalidad intentado no había sido dirigido contra una sentencia definitiva en los términos del art. 27 de la ley 402;
- b) que de él no se advertía la existencia de un gravamen irreparable que permitiera habilitar la vía intentada, máxime cuando el impugnante no había fundamentado acabadamente en qué modo la decisión recurrida lo privaba de otros medios legales para obtener la tutela de sus derechos; y,
- c) que tampoco se advertía en el recurso la presencia de un caso constitucional sino una mera invocación genérica de garantías constitucionales y el desacuerdo del recurrente con la decisión atacada (conf. fs. 32/33).

3. En la queja interpuesta se sostiene que el pronunciamiento de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional, al confirmar el rechazo de las nulidades planteadas por la defensa, implicaría “(...) la continuación de un proceso hacia su etapa cúlmine cuando su inicio se encuentra viciado desde su origen por la afectación de garantías constitucionales (...)” (fs. 38 vta.), lo que ocasionaría al imputado un gravamen de tardía reparación ulterior. El recurrente menciona en su presentación los siguientes agravios:

- a) la vulneración de la garantía del debido proceso del art. 18, C.N. y del art. 13.3 de la CCBA, en tanto correspondía, a su criterio, la adopción de un temperamento desincriminatorio en relación con su defendido en razón de la aplicación de la doctrina de “los frutos del árbol envenenado” y la “invalidéz del cuerpo de la contravención” (conf. fs. 39 vta./40 vta.);
- b) la vulneración del derecho a ser oído, parte de la garantía constitucional de inviolabilidad de la defensa en juicio (arts. 18, C.N. y 13.3, CCBA) pues según entiende, la descripción efectuada por el representante del Ministerio Público Fiscal en la audiencia celebrada en los términos del art. 41 de la L.P.C. no cumplía con

los requisitos que dichas normas imponen, lo que le habría impedido contrarrestar cabalmente la imputación y defenderse eficientemente, circunstancia que se reiteraría en el requerimiento de elevación a juicio; y

- c) el cercenamiento del derecho de defensa en juicio en razón de la falta de fundamentación del monto de la sanción solicitada en el requerimiento de elevación a juicio, en tanto “la defensa se ve imposibilitada de ejercer acabadamente su ministerio, a efectos de, primero, ofrecer prueba sobre el particular y, a la postre, rebatir la valoración que sobre ella efectuará eventualmente la acusación” (fs. 42).

4. El señor fiscal general adjunto, al contestar la vista, solicitó que se rechace la queja interpuesta (fs. 50).

FUNDAMENTOS

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La queja ha sido interpuesta en legal tiempo y forma. Contiene una exposición clara y ordenada de los antecedentes del caso así como de la pretensión, y realiza una crítica directa de la resolución por la que se rechazó el recurso.

2. Sin embargo, tal como lo sostuve en “Colombo, Gualter s/art. 41 s/recurso de queja”, expte. n° 111/99, resolución del 21/10/1999 en *CyJ, Fallos TSJBA, I-1999*, pp. 547 y ss., y en “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° 3338/4, resolución del 1/12/2004, el recurso no cumple con el requisito de admisibilidad impuesto por el art. 53 de la ley 12, esto es, que se dirija contra una “sentencia definitiva”.

3. En efecto, la resolución en cuestión dispuso confirmar la decisión que no había hecho lugar a los planteos realizados por el defensor del Sr. Soto, quien —luego de que el juez de primera instancia declarara la nulidad del secuestro de los elementos objeto de las contravenciones imputadas a su defendido— reclamó la declaración de nulidad de todo lo actuado con posterioridad a dicho secuestro, y subsidiariamente de la audiencia del art. 41 de la L.P.C. y el requerimiento de elevación a juicio efectuado en la causa por el representante del Ministerio Público Fiscal. Ello sobre la base de una supuesta vulneración de la garantía del debido proceso y del derecho de defensa en juicio (conf. resulta, punto 3 a, b y c).

Ahora bien, la resolución que el defensor ataca tiene por única consecuencia la continuación del proceso y los agravios que invoca no se

evidencian como de tardía o imposible reparación ulterior. Entiendo que los escasos fundamentos dados por el recurrente para intentar soslayar lo que afirmo no pueden tener acogida favorable.

Una mención aparte merece la introducción de fallos de la CSJN por el recurrente para reforzar su argumento de que la sentencia atacada es equiparable a definitiva. La vinculación de esos fallos con el supuesto de autos es, por decir mucho, remota, y no ha sido explicitada por la defensa. En primer lugar, no se advierte qué relación puede tener lo resuelto por la CSJN en el fallo “Daray” (*Fallos*, 317:1985) con la cuestión que nos ocupa —la existencia de una sentencia definitiva como requisito de admisibilidad de un recurso extraordinario—, dado que aquél fue un caso en el que el conocimiento de la causa se encontraba comprendido dentro de los supuestos reglados en el art. 117 de la C.N.; esto es, se trataba de un asunto de competencia originaria de la Corte Suprema en el que justamente la existencia de una sentencia definitiva no era requisito para su intervención. En segundo lugar, la defensa no logró vincular el caso en estudio con la situación descripta por la Corte Suprema en el fallo que también trajo a colación (“Llerena”), pues no expuso argumento alguno que sugiera que de resolverse las cuestiones por las que aquí se agravia luego de concluido el debate y agotados los recursos correspondientes, su defendido debería ser nuevamente sometido a juicio, produciéndose de ese modo “(...) una dilación indebida del proceso, en perjuicio del imputado, como así también un dispendio jurisdiccional innecesario (...)”, circunstancias que fueron suficientes para que la Corte equiparara en el caso Llerena la resolución impugnada —relacionada con una recusación— a una sentencia de carácter definitivo.

4. En síntesis, la resolución atacada no pone fin al proceso y, en el caso concreto, tampoco causa a quien impugna un agravio de imposible reparación ulterior. La consecuencia de lo decidido es que el proceso siga su trámite, y por tanto, los planteos del recurrente podrán encontrar remedio a lo largo del desarrollo de las instancias ordinarias del proceso, o bien a través de la intervención de este Tribunal al recurrirse la sentencia definitiva de la causa. Existe entonces un obstáculo directo al tratamiento del recurso y, tal como lo resolviera la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional, la queja interpuesta no puede prosperar.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Tiene razón la señora jueza de trámite, según lo expuse en la misma sentencia que ella cita como precedente del tribunal en una causa de rasgos similares a la que actualmente analizo (conf. “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. n° 3338/04, sentencia del 1°/12/2004). No existe *sentencia definitiva* cuando, acertada o erróneamente, un tribunal de mérito se pronuncia por la prosecución del procedimiento hacia el dictado de una decisión material sobre la imputación. De tal manera, es evidente que el recurso de queja deducido por el defensor de Pablo José Soto no cumple con el requisito de admisibilidad previsto en el art. 27 de la ley 402 y ello es suficiente para rechazar su presentación ante estos estrados.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Adhiero a la solución propuesta en el voto de la señora juez de trámite por los fundamentos concordantes expuestos en el dictamen del señor fiscal general adjunto a los que remito en honor a la brevedad.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

La decisión de la Cámara que motivó el recurso de inconstitucionalidad cuyo rechazo origina la presente queja no puso fin al proceso, pues sólo resolvió no hacer lugar a los planteos de nulidad incoados por la defensa (fs. 22/26). Tampoco el recurrente ha demostrado de manera suficiente que dicho pronunciamiento le genere un gravamen de imposible o muy dificultosa reparación ulterior.

Así, y tal como lo sostiene el señor fiscal general adjunto en su dictamen (fs. 50/50 vta.), a cuyos términos me remito en homenaje a la brevedad, el recurso de inconstitucionalidad interpuesto oportunamente por la defensa del señor Pablo Soto no se dirigió contra una sentencia definitiva o equiparable a tal.

Resulta aplicable al caso, entonces, la reiterada jurisprudencia de este Tribunal que recuerda la señora jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz, en su voto (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, sentencia del 1°/12/2004, y sus citas).

Por las argumentaciones expuestas, considero que la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas decidió correctamente al declarar inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad interpuesto (fs. 32/33) y, en consecuencia, adhiero a la solución propuesta en su voto por la señora jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz, y propicio rechazar la presente queja.

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

En principio, las decisiones referidas a medidas o provisiones adoptadas en el curso del proceso, no constituyen sentencia definitiva en el

marco del art. 27 de la ley 402 (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, sentencia del 1/12/2004, y sus citas). Este criterio no reconoce excepciones cuando, como en el caso, la decisión recurrida sólo importa la continuación regular del trámite y no se demuestra suficientemente el gravamen de imposible reparación ulterior que se alega. Por ello y en concordancia con lo dictaminado por el fiscal general adjunto —a cuyos fundamentos me remito—, adhiero a la solución propuesta por la señora jueza de trámite, Dra. Alicia E. C. Ruiz, en cuanto al rechazo de la presente queja.

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

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Rechazar* el recurso de queja interpuesto a fs. 38/43 vta.

2°. *Mandar* se registre, se notifique y oportunamente se remita esta queja a la Sala I de la Cámara Contravencional.

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

LXXIX

“PAIZ, MARIO SERGIO S/ART. 74,
CÓD. CONTRAV. — APELACIÓN S/RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO”

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL. INADMISIBILIDAD:

Cuestión federal. Gravamen irreparable. Materia contravencional.

Prescripción de la acción penal. Plazo. Derecho común.

Interpretación de norma local. Principio de legalidad. Prohibición de analogía

Expte. n° 3887/05 - 3/8/2005

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. El defensor general presentó un recurso extraordinario federal (fs. 142/52) contra la decisión de fecha 8/6/2005 por la que el tribunal declaró mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto oportunamente.

La defensa solicitó la apertura de la vía extraordinaria federal al considerar que en la causa se afectó —en perjuicio de su defendido— la vigencia del principio de legalidad, del que desprende la prohibición de analogía y la necesaria interpretación restrictiva de las disposiciones que rigen la materia contravencional en esta ciudad. El agravio radica en que el tribunal convalidó el criterio sostenido por las instancias de mérito según el cual la prescripción de la pena por contravenciones de tránsito —en caso de incumplimiento— es de dos años y no de uno, tal como lo entendió el recurrente (art. 32, ley 10 modif. por ley 42).

2. El fiscal general, al contestar el traslado conferido (fs. 154), se pronunció por la declaración de inadmisibilidad del recurso intentado. Consideró, por una parte, que éste carecía de fundamentos idóneos para sostener la impugnación ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Por otro lado, sostuvo que tampoco contiene una crítica a los argumentos que dio la mayoría del TSJ en la sentencia recurrida, sino que la presentación sólo reiteró cuestiones que ya habían sido debidamente tratadas y desestimadas.

FUNDAMENTOS:

Las juezas ALICIA E. C. RUIZ y ANA MARÍA CONDE dijeron:

1. El recurso extraordinario federal interpuesto por el defensor general a fs. 142/152 es *admisible* (conf. art. 14, ley 48 y arts. 256 y 257, CPCCN). Fue deducido contra una sentencia dictada por el superior tribunal de justicia local en este proceso, en un juicio que aborda una cuestión justificable actual y que causa un gravamen irreparable.

Contiene además un relato de los hechos relevantes de la causa y desarrolla una crítica razonada de los argumentos tomados por la mayoría del TSJ para fundar la sentencia recurrida.

2. El recurrente sostiene de manera válida una cuestión federal que guarda relación directa con la resolución de la causa porque remite a la interpretación de una norma local confrontada con disposiciones incluidas en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales de igual jerarquía.

Al momento de emitir nuestro voto en la sentencia del tribunal que ahora se encuentra impugnada (fs. 130/7), argumentamos por qué consideramos que en la causa se afectó la vigencia de normas constitucionales, en particular, el principio de legalidad, del que deriva la prohibición de interpretación analógica y extensiva de las normas que rigen la materia contravencional.

En su recurso extraordinario el defensor general logra con éxito articular nuevamente dicha cuestión al controvertir la interpretación del art. 32 de la ley 10 efectuada en autos con los principios constitucionales mencionados. Corresponde entonces conceder el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia dictada el 8/6/2005 (fs. 130/7).

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Tal como lo expuse al declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad, la cuestión planteada por la defensa de Mario Sergio Paiz se limita rebatir la interpretación del derecho común (infraconstitucional) y local (conf. art. 32, ley 10) que fuera efectuada oportunamente por los jueces de mérito. En aquella ocasión, afirmé que no toda interpretación del derecho común constituye un problema relativo al principio constitucional de legalidad. Si así fuera, tanto este Tribunal como, en esta oportunidad, la CSJN se verían convertidos en una tercera instancia (de casación) del Derecho infraconstitucional, posibilidad inadmisibles en el marco acotado de revisión que compete a estos tribunales.

Por estas razones, voto por denegar el recurso extraordinario federal planteado por el defensor general a fs. 142/152.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Tal como lo sostiene el señor fiscal general en su dictamen de fs. 154/ vta., al que me remito, el recurso extraordinario federal interpuesto por la defensa no puede prosperar.

En la sentencia que se objeta, por mayoría, se concluyó que los agravios presentados por el recurrente remitían a cuestiones propias de los jueces de la causa, toda vez que reflejaban una mera discrepancia acerca de la interpretación del art. 32 del anterior Código Contravencional que las instancias de mérito habían efectuado para determinar el plazo de prescripción de la pena. Por lo demás, en mi voto, advertí que no se habían rebatido de manera suficiente los argumentos que los jueces de la Cámara brindaran al emitir su pronunciamiento.

La defensa, ahora, al interponer el recurso extraordinario federal, se limita a manifestar nuevamente su desacuerdo con aquella interpretación, reitera los argumentos vinculados al principio de legalidad ya expuestos en sus escritos anteriores y, en definitiva, no rebate de manera completa y

razonada los argumentos de la decisión apelada. Así, no logra demostrar que exista relación directa e inmediata entre la cuestión materia de este litigio y el derecho constitucional invocado, relación que constituye uno de los requisitos exigidos por el art. 15 de la ley 48 para la procedencia del remedio federal.

Además, la CSJN ha decidido, en su constante jurisprudencia, que se encuentra excluida la existencia de cuestión federal cuando se trata de interpretar normas y actos locales (*Fallos*, 308:1577, entre muchos otros) y 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 común que las rigen (*Fallos*, 266:178, entre otros) [conf. este Tribunal *in re*: “Iwán, Félix Jonás s/art. 72 del Cód. Contrav. s/recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 358/00, sentencia del 11/9/2000, en *CyJ*, *Fallos TSJBA*, II-2000, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 276 y ss.].

En suma, de la lectura del recurso se advierte que la defensa sustenta su posición en una discrepancia de criterio con el alcance atribuido por la mayoría del tribunal respecto del funcionamiento de la prescripción contravencional en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, materia que involucra la interpretación de normas locales y que, por ello, no resulta susceptible de cuestionamiento mediante el remedio federal (conf. “Ministerio Público —Defensor Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Oniszczuk, Carlos Alberto s/inf. ley 255 —apelación’”, expte. n° 3726, sentencia del 26/5/2005).

Por las consideraciones expuestas, corresponde rechazar el presente recurso extraordinario federal.

Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Adhiero a la solución propuesta en los votos de los Dres. José O. Casás y Julio B. J. Maier por los fundamentos concordantes expuestos en el dictamen del señor fiscal general que establecen la inexistencia de cuestión federal hábil para suscitar la jurisdicción federal.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el fiscal general y por mayoría

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Denegar* el recurso extraordinario federal interpuesto por el defensor general de la Ciudad a fs. 142/52.

2°. *Mandar* se registre, notifique y, oportunamente se cumpla con lo dispuesto a fs. 137, punto 2.

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

LXXX

“DÍAZ QUINTANA, RENÉ S/ART. 74, CÓD. CONTRAV. —APELACIÓN— S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO”

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL. INADMISIBILIDAD:

Admisibilidad. Cuestión federal. Materia contravencional.

Prescripción de la acción penal. Plazo. Derecho común.

Interpretación de norma local. Principio de legalidad. Prohibición de analogía

Expte. nº 3883/05 - 3/8/2005

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. El defensor general presentó un recurso extraordinario federal (fs. 156/66 vta.) contra la decisión de fecha 8/6/2005 por la que el tribunal declaró mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto oportunamente (fs. 144/151).

La defensa solicitó la apertura de la vía extraordinaria federal al considerar que en la causa se afectó —en perjuicio de su defendido— la vigencia del principio de legalidad, del que desprende la prohibición de analogía y la necesaria interpretación restrictiva de las disposiciones que rigen la materia contravencional en esta ciudad. El agravio radica en que el tribunal convalidó el criterio sostenido por las instancias de mérito según el cual la prescripción de la pena por contravenciones de tránsito —en caso de incumplimiento— es de dos años y no de uno como lo entendió el recurrente. (art. 32 ley 10 modificado por ley 42)

2. El fiscal general, al contestar el traslado conferido (fs. 169/70 vta.), se pronunció por la declaración de inadmisibilidad del recurso intentado. Consideró, por una parte, que éste carecía de fundamentos idóneos para

sostener la impugnación ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Por otro lado, sostuvo que tampoco contiene una crítica a los argumentos que dio la mayoría del TSJ en la sentencia recurrida, sino que la presentación sólo reiteró cuestiones que ya han sido debidamente tratadas y oportunamente desestimadas.

FUNDAMENTOS:

Las juezas ANA MARÍA CONDE y ALICIA E. C. RUIZ dijeron:

1. El recurso extraordinario federal deducido a fs. 156/66 vta. ha sido interpuesto en tiempo oportuno, por escrito ante el tribunal superior de la causa y se articula contra una sentencia que en el ordenamiento local reviste carácter definitivo (art. 14, ley 48, y arts. 256 y 257, CPCCN).

Contiene además un relato de los hechos relevantes de la causa y desarrolla una crítica razonada de los argumentos tomados por la mayoría del TSJ para fundar la sentencia recurrida.

2. El recurrente sostiene de manera válida una cuestión federal que guarda relación directa con la resolución de la causa porque remite a la interpretación de una norma local confrontada con disposiciones incluidas en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales de igual jerarquía.

Al momento de emitir nuestro voto en la sentencia del tribunal que ahora se encuentra impugnada, argumentamos por qué consideramos que en la causa se afectó la vigencia de normas constitucionales, en particular, el principio de legalidad, del que deriva la prohibición de interpretación analógica y extensiva de las normas que rigen la materia contravencional.

En su recurso extraordinario el defensor general logra con éxito articular nuevamente dicha cuestión al controvertir la interpretación del art. 32 de la ley 10 efectuada en autos con los principios constitucionales mencionados. Corresponde entonces conceder el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia dictada el 8/6/2005.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Tal como lo expuse al declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad, la cuestión planteada por la defensa de René Díaz Quintana se limita rebatir la interpretación del derecho común (infraconstitucional) y local (conf. art. 32, ley 10) que fuera efectuada oportunamente por los jueces de mérito. En aquella ocasión, afirmé que no toda interpretación del derecho común constituye un problema relativo al principio constitucional de legalidad. Si así fuera, tanto este Tribunal como, en esta oportunidad, la CSJN se verían convertidos en una tercera instancia (de casación) del derecho infranconstitucional, posibilidad inadmisibles en el marco acotado de revisión que compete a estos tribunales.

Por estas razones, voto por denegar el recurso extraordinario federal planteado por el defensor general a fs. 156/166 vta. .

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Tal como lo sostiene el señor fiscal general en su dictamen de fs. 169/170, al que me remito, el recurso extraordinario federal interpuesto por la defensa no puede prosperar.

En la sentencia que se objeta, por mayoría, se concluyó que los agravios presentados por el recurrente remitían a cuestiones propias de los jueces de la causa, toda vez que reflejaban una mera discrepancia acerca de la interpretación del art. 32 del anterior Código Contravencional que las instancias de mérito habían efectuado para determinar el plazo de prescripción de la pena. Por lo demás, en mi voto, advertí que no se habían rebatido de manera suficiente los argumentos que los jueces de la Cámara brindarían al emitir su pronunciamiento.

La defensa, ahora, al interponer el recurso extraordinario federal, se limita a manifestar nuevamente su desacuerdo con aquella interpretación, reitera los argumentos vinculados al principio de legalidad ya expuestos en sus escritos anteriores y, en definitiva, no rebate de manera completa y razonada los argumentos de la decisión apelada. Así, no logra demostrar que exista relación directa e inmediata entre la cuestión materia de este litigio y el derecho constitucional invocado, relación que constituye uno de los requisitos exigidos por el art. 15 de la ley 48 para la procedencia del remedio federal.

Además, la CSJN ha decidido, en su constante jurisprudencia, que se encuentra excluida la existencia de cuestión federal cuando se trata de interpretar normas y actos locales (*Fallos*, 308:1577, entre muchos otros) y 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 común que las rigen (*Fallos*, 266:178, entre otros) [conf. este Tribunal *in re*: “Iwán, Félix Jonás s/art. 72 del Cód. Contrav. s/recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 358/00, sentencia del 11/9/2000, en *CyJ*, *Fallos TSJBA*, II-2000, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 276 y ss.].

En suma, de la lectura del recurso se advierte que la defensa sustenta su posición en una discrepancia de criterio con el alcance atribuido por la mayoría del tribunal respecto del funcionamiento de la prescripción contravencional en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, materia que involucra la interpretación de normas locales y que, por ello, no resulta susceptible de cuestionamiento mediante el remedio federal (conf. “Ministerio Público —Defensor oficial en lo Contravencional y de Faltas n° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Oniszczuk, Carlos Alberto s/inf. ley 255— apelación’”, expte. n° 3726, sentencia del 26/5/2005).

Por las consideraciones expuestas, corresponde rechazar el presente recurso extraordinario federal.

Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Adhiero a la solución propuesta en los votos de los Dres. José O. Casás y Julio B. J. Maier por los fundamentos concordantes expuestos en el dictamen del señor fiscal general que establecen la inexistencia de cuestión federal hábil para suscitar la jurisdicción federal.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el fiscal general y por mayoría

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. Denegar el recurso extraordinario federal interpuesto por el defensor general de la Ciudad a fs. 156/66 vta.

2º. *Mandar* se registre, notifique y, oportunamente, se cumpla con lo dispuesto a fs. 151, punto 2.

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

LXXXI

“ALEGRE PAVIMENTOS SACICAFI
C/GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES
S/AMPARO S/RECURSO DE QUEJA”

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Amparo. Admisibilidad. Control de constitucionalidad de oficio. Impuesto al valor agregado. Intereses originados en préstamos u operaciones financieras. Renegociación de deuda. Exención. Estado local. Decreto. Principio de reserva de ley en materia tributaria. Entidades públicas. Inmunidad fiscal. Principio de capacidad contributiva

Expte. nº 893/01 - 3/8/2005

VISTO:

El expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

A fs. 575, la CSJN revocó la sentencia de este Tribunal que rechazó el amparo interpuesto por Alegre Pavimentos SACICAFI “contra la decisión de la Tesorería General del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en cuanto intima (...) a restituir los montos oportunamente pagados en concepto de Impuesto al Valor Agregado que devengarán intereses correspondientes a los pagarés con que se cancelaron diversas deudas que esa ciudad mantenía con mi mandante; y por cuanto amenaza retener dicho importe ilegítimamente de los pagos que a futuro realizará” (fs. 506/519). Mandó en consecuencia dictar nuevo pronunciamiento.

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

I. Las resoluciones en las que se fundaron las intimaciones efectuadas por la Tesorería General del Gobierno de la Ciudad (4809-SHyF/98, 2697-SHyF/99 y 822-SHyF/00) consideraron que los intereses contenidos en los pagarés emitidos por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, en oportunidad de celebrar contratos de novación o renegociación de deudas, estaban incluidos en la exención establecida por el pto. 9, apart. 16, inc. h) del art. 7º, ley 23.349. Empero, la Corte sostuvo que la franquicia invocada no alcanza las operaciones en litigio. Para así decidir, hizo propios los fundamentos del Sr. Procurador General de la Nación, quien sostuvo, interpretando normas cuya naturaleza federal está fuera de discusión, que la exención aludida contiene “por imperio del dec. 679/99 (...) una limitación subjetiva”; por tanto, resulta necesario para aprovecharla, que “la operación financiera generadora de los intereses haya sido celebrada [por las provincias o municipios] con entidades regidas por la ley 21.526”. El Procurador aconsejó revocar la sentencia y devolver las actuaciones al tribunal de origen para que, por quien corresponda, dicte una nueva acorde a lo (...) dictaminado” (puntos IV y V). La Corte Federal compartió el criterio del Procurador General cuyo fundamento adoptó en su pronunciamiento.

En tal contexto, corresponde señalar que la limitación subjetiva prevista en la reglamentación mencionada, tuvo eficacia desde su publicación en el B.O. del 25/6/1999, es decir, estaba vigente al momento en que las resoluciones cuestionadas fueron emitidas (23/11/1999 y 29/10/1999). Por lo demás, los importes en litigio no provenían de operaciones efectuadas entre el gobierno y alguna entidad regulada por la ley 21.526. En consecuencia, la Ciudad de Buenos Aires no estaba alcanzada por la exención del IVA prevista en el art. 7º, inc. h), punto 16, apart. 9, de la ley 23.349,

en relación con los intereses correspondientes a las sumas adeudadas a la firma Alegre Pavimentos.

2. En virtud de ello, las resoluciones e intimaciones impugnadas por la amparista quedan privadas de causa y por lo tanto son nulas. Corresponde pues hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad planteado por Alegre Pavimentos SACICAFI, revocar la sentencia dictada por la Sala II de la Cámara Contravencional y de Faltas (fs. 381/3) y hacer lugar al amparo articulado por la parte actora (art. 31, L.P.T.).

Las costas del proceso, en las instancias locales, se imponen a la vencida (art. 62, CCyT).

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Atento que la CSJN ha revocado la sentencia dictada en este estrado con fecha 21/6/2001, al entender que en aquella ocasión este Tribunal omitió pronunciarse sobre la disposición incorporada al decreto reglamentario del Impuesto al Valor Agregado el 25/6/1999, mediante el dec. 679/99, y ordenando se emita un nuevo decisorio haciendo mérito de tal prescripción, que en lo pertinente dispone “la exención prevista en el apart. 9, del punto 16), del inc. h) del art. 7º de la ley, sólo comprende a los intereses originados en préstamos u operaciones financieras de cualquier tipo, celebradas por las provincias o municipios, con entidades regidas por la ley 21.526”, estimo que es del caso efectuar las distintas puntualizaciones que, seguidamente, se desarrollan.

2. Intentaré demostrar que, de todos modos, el rango normativo del precepto —*reglamento ejecutivo*—, en cuanto aspira a operar en el campo del derecho tributario sustancial recortando el alcance de una exención objetiva, e incorporándole un componente subjetivo adicional, es inatingente en la especie y conduce, por tanto, a ponderar una regulación inoficiosa para el *sub examine*.

3. Como lo expresé en mi voto en la causa: “Hipódromo Argentino de Palermo S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 506/2000, sentencia del 28/6/2001 (en *CyJ, Fallos TSJBA*, III-200º, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 334 y ss.), en materia de derecho tributario sustantivo nada puede agregarse a lo establecido por la ley formal y material: “Las posibles omisiones de una norma jurídico-tributaria, en el sensible plano de la gravación o de la exoneración, deben ser salvadas por los órganos depositarios de la voluntad popular a los cuales la Constitución ha deferido la titularidad exclusiva del poder tributario (‘sólo el Congreso’ —art. 17— y no a quienes se proclamen lúcidos o providenciales intérpretes del espíritu de tales leyes,

ya que, en este caso, se afectaría no sólo el principio esencial de la autoimposición ('Es el pueblo el que se tributa a sí mismo' —PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti: *Comentarios à Constituição Brasileira de 1967, com a Emenda 1/6*', Revista Dos Tribunais Ltda., San Pablo, 1973), sino también a 'la seguridad, en su doble manifestación —certidumbre del derecho y eliminación de la arbitrariedad— (que) ha de considerarse ineludiblemente en función de la legalidad y de la justicia', ya que 'esta última y la seguridad son valores que se fundamentan mutuamente y que, a su vez, necesitan de la legalidad para articularse de modo eficaz' (SÁINZ DE BUJANDA, Fernando: 'Reflexiones sobre un sistema de derecho tributario español —En torno a la revisión de un Programa', en *Hacienda y Derecho*, t. III, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, pp. 147 y ss., en particular p. 330)".

Así entonces, en la apuntada causa propicié la declaración de inconstitucionalidad del art. 1º de la resol. 871/00 de la Secretaría de Hacienda y Finanzas que pretendía, por esta vía subalterna, definir la base imponible y la alícuota en el Impuesto sobre los Ingresos Brutos por los ingresos provenientes de la venta de apuestas en hipódromos, canódromos y similares, propuesta que fue acogida en el punto 1º de la parte resolutive de la sentencia.

4. Asimismo, en las causas: "Asociación de Receptorías de Publicidad (A.R.P.) c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad", expte. n° 329/00, sentencia del 6/9/2000 (en *CyJ, Fallos TSJBA*, II-2000, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 260 y ss.); "Círculo de Inversores S.A. de ahorro para fines determinados s/recurso de apelación ordinario, en: 'Círculo de Inversores S.A. de ahorro para fines determinados c/GCBA —DGR— resol. 3087-DGR/00 s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR'", expte. n° 1150/01, sentencia del 13/2/2002 (en *CyJ, Fallos TSJBA*, IV-2002, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, pp. 18 y ss.); "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: 'Sociedad Italiana de Beneficencia de Buenos Aires c/DGR (resol. 1881-DGR/00) s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR'", expte. n° 1227/01, sentencia del 26/3/2002 (en *CyJ, Fallos TSJBA*, IV-2002, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, pp. 93 y ss.) y, "Estudio Beccar Varela c/GCBA (Dirección General de Rentas y Empadronamiento Inmobiliarios) s/cobro de pesos s/recurso de inconstitucionalidad concedido y recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", exptes. n° 1644/02 y n° 1639/02 (por cuerda), sentencia de fecha 16/10/2002 (en *CyJ, Fallos TSJBA*, IV-2002, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, pp. 489 y ss.); he transcripto la opinión del catedrático de la Universidad de Barcelona,

José Juan Ferreiro Lapatza, que comparto de modo pleno, marcadamente crítica de los reglamentos en materia tributaria sustantiva, conceptos que aquí reitero: “Hemos dicho muchas veces que, respecto a los elementos esenciales del tributo ya regulados por la ley, el mejor reglamento es el que no existe. Pues respecto a ello, y salvo llamada expresa de la propia norma legal, el reglamento nada puede decir, nada debe aclarar, precisar o interpretar, pues ya es sabido que toda interpretación llevada a cabo a través de una norma reglamentaria encierra una cierta voluntad innovadora. La norma reglamentaria que regula sin haber sido llamada por ella la norma legal que delimita, por ejemplo, el hecho imponible de un tributo o bien es inútil porque se limita a repetir el texto de la ley o bien es nula por decir algo distinto a lo que la ley ha dicho” (conf.: *Curso de derecho financiero español*, 19ª ed., Capítulo II: “Las fuentes del Derecho Financiero. La Constitución y los principios constitucionales”, parág. II: “Los principios constitucionales del Derecho Financiero”, Letra “A”: “El principio de legalidad”, punto 2: “Los tributos: el principio de legalidad tributaria”, apartado c: “El principio de legalidad tributaria y las relaciones Ley-reglamento”, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 48 y ss., en particular p. 50).

5. A su vez, la CSJN ha sentado como regla de derecho recibido: “Que entre los principios generales que predominan en el régimen representativo republicano de gobierno, ninguno existe más esencial a su naturaleza y objeto, que la facultad atribuida a los representantes del pueblo para crear las contribuciones necesarias para la existencia del Estado. Nada exterioriza más la posesión de la plena soberanía que el ejercicio de aquella facultad, ya que la libre disposición de lo propio, tanto en lo particular como en lo público, es el rasgo más saliente de la libertad civil. Todas las constituciones se ajustan a este régimen, entregando a los Congresos o legislaturas este privilegio exclusivo, pues como enseña Cooley, ‘en todo Estado soberano el poder legislativo es el depositario de la mayor suma de poder y es, a la vez, el representante más inmediato de la soberanía’” (conf. *Fallos*, 155:290, *in re*: “Doña Sara Doncel de Cook contra la Provincia de San Juan, sobre repetición de pago”, sentencia del 6/9/1929, entre muchos otros), con lo que va de suyo que es un correlato de dicha atribución, la de crear, modificar o derogar las exenciones.

6. Tampoco puede perderse de vista que el dec. 679/99 ha importado recortar un beneficio fiscal que aprovechaba a las provincias y los municipios, en cuanto tomadores de las colocaciones y prestaciones financieras y deudores de los intereses por los préstamos u operaciones financieras en general, con lo que se alteró la letra y el espíritu de la iniciativa materializada con la sanción de la ley 24.920 —con modificaciones por el

dec. 1008/01—, al ser quienes se beneficiaban efectivamente al removerse la incidencia del Impuesto al Valor Agregado, operado a partir del fenómeno económico financiero de la traslación (conf. doctrina del Alto tribunal *in re*: “Compañía General de Combustibles S.A.”, *Fallos*, 316:1533, sentencia del 16/6/1993).

Así entonces, el decreto se ha desentendido, por un lado, de las claras enseñanzas desarrolladas en nuestro medio por el profesor Dino Jarach, para quien: “La inmunidad fiscal de las entidades públicas y de sus dependencias respecto a los impuestos es... una consecuencia de la naturaleza sustancial del hecho imponible, en correspondencia con su causa jurídica. El presupuesto de hecho de todo impuesto tiene naturaleza económica, consiste en una actividad o situación económica, de la cual resulta capacidad contributiva. La capacidad contributiva significa apreciación por parte del legislador de que el hecho económico que se ha verificado para el sujeto le permite distraer una suma de dinero de sus necesidades privadas para destinarla a contribuir a los gastos públicos. Pero estos conceptos básicos del hecho imponible no tendrían sentido si el hecho imponible se atribuyera al Estado o a las entidades públicas o a las dependencias de ellas. La situación o las actividades económicas de las mismas nunca representan capacidad contributiva, porque toda la riqueza del Estado ya sirve directamente a las finalidades públicas y sería sin sentido atribuirle una capacidad de contribución a las finalidades para las cuales toda su actividad y su existencia misma están destinadas. La inmunidad fiscal del Estado y de las entidades públicas y de las dependencias, con o sin personería jurídica propia, constituye un dogma jurídico tributario, en relación a la misma naturaleza del hecho imponible, que por su causa, no es, sin contradicción lógica, atribuible a esa clase de sujetos” (conf. *El hecho imponible. Teoría general del derecho tributario sustantivo*, 2ª ed., Capítulo Tercero: “La atribución del hecho imponible a los sujetos pasivos y los momentos de vinculación con el sujeto activo”, parág. 22: “Exenciones tributarias subjetivas y doctrina de la inmunidad fiscal de las entidades públicas”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971, pp. 197 y ss., en particular pp. 199 y 200). Valga la referencia del destacado jurista aun cuando el tributo opera de modo indirecto sobre un sujeto incidido y, éste es, justamente, el Estado en cualquiera de sus manifestaciones o planos de gobierno.

En el sentido desarrollado en el párrafo anterior también se ha expresado el profesor Gustavo J. Naveira de Casanova, para quien, sentada la premisa de que la *capacidad contributiva* es un requisito jurídico esencial para la existencia de tributos—incluso, en nuestro país, por exigencia constitucional implícita— y de que un ente público (de cualquier catego-

ría y sea cual fuere el tipo de su personificación) por el hecho de desempeñar cometidos, en principio estatales, carece de esa potencialidad económica; debe concluirse, necesariamente, que ningún sujeto impositor puede reclamar tributos a otro ente público, salvo que este último lo consienta en forma indubitable, caso en el cual la suma de dinero que se transfiera no será tampoco de naturaleza tributaria (conf. “Apuntes sobre la denominada inmunidad fiscal del Estado”, *Boletín de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales*, mayo de 1998, pp. 29 y ss., o Anales de la misma Asociación 1994-1998, pp. 267 y ss.).

A su vez, el decreto, por otro lado, ha hecho caso omiso de que el Estado nacional es, dentro de los entes públicos estatales, quien ve más facilitada la posibilidad de acceso al crédito ofrecido por las entidades financieras regidas por la ley 21.526, ya sea por el Banco de la Nación, o desde que el Banco Central orienta la aplicación de una parte de sus Carteras bancarias en favor de dicho sujeto —el Estado nacional—, con lo cual el reglamento ejecutivo también denuncia un *marcado sesgo antifederal*, olvidando que: “La Constitución ha fundado una unión indestructible pero de Estados indestructibles (arts. 13 y 67 inc. 14 —texto histórico—)”; y que: “Los constituyentes, actores y testigos presenciales del proceso que tuvo su término en la Constitución de 1853, establecieron una unidad, no por supresión de las provincias —camino que habría obligado a desahuciar una terrible experiencia— sino por conciliación de la extrema diversidad de situación, riqueza, población y destino de los catorce Estados y la creación de un órgano para esa conciliación, para la protección y estímulo de los intereses locales, cuyo conjunto se confunde con la Nación misma” (conf. “Bressani, Carlos H., y otros c. la Provincia de Mendoza, Inconstitucionalidad de leyes y devolución de dinero”, *Fallos*, 178:9, sentencia del 2/6/1937).

El proyecto de los diputados Oscar Alfredo Machado (provincia de Río Negro) y Horacio Francisco Pernasetti (Provincia de Catamarca), que culminaría con la sanción de la ley 24.920, en sus fundamentos justamente proclamaba: “Señor presidente: *//Se propone eximir del gravamen de IVA los intereses de los préstamos u operaciones bancarias y financieras en general cuando el tomador sean las provincias o municipios, beneficiando de tal manera las operaciones realizadas por aquellas provincias y municipios que no operen a través de entidades oficiales de crédito.* //El proceso de reordenamiento de las finanzas provinciales y las consecuentes reformas llevadas adelante por distintos estados provinciales y municipales, ha hecho que en muchos casos se haya resuelto y concretado procesos de privatización de entidades financieras estatales, lo cual si bien ha redundado en un beneficio y un objetivo buscado por las entidades, las ha

privado del agente financiero natural.//Esta situación y el hecho de tener que recurrir a instituciones financieras y bancarias privadas ha hecho que dichas instituciones resulten alcanzadas por el gravamen del IVA, sin que puedan compensar los créditos que producen dicho gravamen.//Con la finalidad de corregir dicha situación es que se propone incluir en forma expresa la exención como punto 9, del inciso h), apartado 16, del art. 7° de la ley del IVA, que enumera las colocaciones financieras exentas.//Oscar A. Machado, Horacio F. Pernasetti” —conf. Reunión 38ª, Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, sesión del 27-28/11/1997, p. 4634— (el destacado ha sido añadido).

7. Que en lo que respecta a la *actividad financiera*, presupuesto fáctico afín con el que se ventila en el *sub lite*, claro está que con relación a otro gravamen y a la faz positiva del presupuesto de hecho —el Impuesto sobre los Ingresos Brutos, y las operaciones alcanzadas con una alícuota acrecentada—, en la causa “Santa María Sociedad Anónima Inversora y Financiera c/DGR (resol. 5089-DGR/00) s/recurso de apelación judicial c/decisiones DGR s/recurso de apelación ordinario concedido”, expte. n° 2439/03, sentencia del 3/3/2004, he entendido en mi voto singular que la misma se configura, ya *no por el tipo de entidad que la despliega* (en el caso una sociedad anónima con objeto inversor y financiero), *sino por la concreta operatoria que en el campo factual se verifica*, diferenciando, en tal caso, para calificar jurídicamente tales aspectos, entre: a) servicio de tesorería; b) administración del Fondo de Coparticipación Financiera; c) servicio de gestión en la colocación de los excedentes financieros de los clientes y gestión para la contratación de alternativas de financiación; d) materialización de pagos en el exterior; e) gestión para la contratación de financiación de operaciones de comercio exterior, y f) compraventa de títulos valores y gestión sobre valores al cobro. Así entonces, propicié la revocación parcial de la sentencia en recurso en punto al ajuste practicado en el rubro “servicio de tesorería”, devolviendo las actuaciones a la Cámara para que se expidiera sobre el particular en base a la distinción entre servicios de tal carácter *stricto sensu*, y aquellos otros que pudieran haber importado intermediación financiera pasibles de ajuste por aplicación de la alícuota diferencial del 4,9 %.

8. Que todo lo hasta aquí dicho demuestra que la omisión de tratar el dec. nac. 679/99, que agita la Corte Suprema de Justicia para revocar la sentencia pronunciada en esta instancia, es, cuanto menos, de mi parte, un relegamiento deliberado e importa una decisión contraria implícita a su aplicación en la especie por resultar inoficioso ocuparse de una norma sin entidad jurídica para recortar una exención tributaria en tanto se respete el

multisecular principio de *reserva de ley tributaria* —norma sobre normación al decir de Massimo Severo Giannini (conf. “I proventi degli enti pubblici minori e la riserva della legge”, *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, Año XVI, n° 1, marzo de 1957, pp. 3 y ss.) que preside el derecho tributario material—, de amplia recepción, como ya se indicara, en todos los ordenamientos constitucionales de nuestro tiempo (conf. UCKMAR, Víctor: *Principios comunes del derecho constitucional tributario*, Temis, Bogotá, 2002).

9. Más allá de mis convicciones jurídicas personales sobre el tema, en tanto el Máximo Tribunal federal tiene resuelto, desde antiguo, en conceptos reiterados *in re*: “Cerámica San Lorenzo”, *Fallos*, 307:1094, sentencia del 4/7/1985, que “no obstante que la Corte Suprema sólo decide en los procesos concretos que le son sometidos, y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllas (conf. doctrina de *Fallos*, 25:364). De esa doctrina, y de la de *Fallos*, 212:51 y 160, emana la consecuencia de que carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte...”, entiendo que tratándose los preceptos aplicables de naturaleza federal, a fin de evitar un dispendio jurisdiccional y una dilación mayor en la resolución de la causa que pudiera equipararse a una denegatoria de justicia es oportuno, con las reservas del caso, acatar el criterio que puede inferirse tuvo en vista el fallo del Superior al dar protagonismo al dec. 679/99 y adherir a la solución propuesta sobre el fondo de la cuestión por mi colega el doctor Luis Francisco Lozano.

Sin perjuicio de ello, y por las razones que he desarrollado en los puntos 2 a 8 de mi voto, entiendo que las costas del proceso, en las instancias locales, deben ser soportadas en el orden causado (art. 62, párr. 2° CCAyT).

Así lo voto

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. A fs. 575 la CSJN sostuvo que “comparte los fundamentos del dictamen del señor Procurador General”, revocó la sentencia del tribunal que rechazó el amparo interpuesto por Alegre Pavimentos SACICAFI y ordenó la devolución de “los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento”.

En lo sustancial el dictamen de fs. (573/574) afirma que las disposiciones del dec. 679/99, según lo prescripto por su art. 3°, “tendrían vigor el día de su publicación en el *Boletín Oficial* y surtirían efecto a partir de la entrada en vigencia de las normas que reglamentan” (fs. 573 vta.). Es decir, la Corte afirma que los efectos de la reglamentación de la ley 24.920

que contiene el decreto se proyectarían, según el art. 3º, retroactivamente al momento de la entrada en vigor de la citada ley, lo que significaría en el caso, que la limitación subjetiva prevista en el dec. 679/99 “rige, entonces, a la fecha del dictado de las resol. 4809-SHyF/98 y 2697-SHyF/99, aquí recurridas (del 23/11/1998 y 29/10/1999, respectivamente)” (fs. 574).

A partir de las consideraciones ya reseñadas afirma el señor Procurador General que “no hay en la sentencia apelada fundamento suficiente para apartarse de lo expresamente previsto por la reglamentación aplicable al caso” (fs. 574).

2. La decisión de la Corte dispone que el tribunal, para resolver de manera fundada el litigio, debe tomar en cuenta el dec. 679/99 en tanto es una norma vigente y eventualmente podría tener incidencia en la solución.

Según lo entiendo, la Corte se ha limitado a formular un juicio acerca de la vigencia del dec. 679/99 y a constatar la omisión del tribunal a fs. 506/519 en el tratamiento de esa norma.

3. La doctrina de la Corte Suprema de Justicia obliga a los máximos tribunales provinciales a entender en materias o temas de derecho constitucional federal (“Strada”, *Fallos*, 308:490) y admite el control de constitucionalidad de oficio (“Mill de Pereyra”, *Fallos*, 324:3219, y “Banco Comercial de Finanzas S.A. [en liquidación Banco Central de la República Argentina] s/quiebra”, sentencia de 19/8/2004).

Dijo la Corte, en “Banco Comercial de Finanzas S.A.”:

“2. (...) ‘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 ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella’ (*Fallos*, 311:2478, entre muchos otros).

3. Que, asimismo, cabe recordar que si bien es exacto que los tribunales judiciales no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta en la cual deba o pueda efectuarse la aplicación de las normas supuestamente en pugna con la Constitución, no se sigue de ello la necesidad de petición expresa de la parte interesada, pues como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente —trasuntado en el antiguo adagio ‘iura novit curia’— incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31 de la Carta Magna) aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir, la

constitucional, desechando la de rango inferior (*Fallos*, 306:303, consid. 4º del voto de los jueces Fayt y Belluscio).

4. Que, además, se consignó que no podía verse en ello la creación de un desequilibrio de poderes en favor del judicial y en mengua de los otros dos, ya que si la atribución en sí no es negada, carece de consistencia sostener que el avance sobre los otros poderes no se produce cuando media petición de parte y sí cuando no la hay. Tampoco se opone a la declaración de inconstitucionalidad de oficio la presunción de validez de los actos administrativos o de los actos estatales en general, ya que dicha presunción cede cuando se contraría una norma de jerarquía superior, lo que ocurre cuando las leyes se oponen a la Constitución. Ni, por último, puede verse en ella menoscabo del derecho de defensa de las partes, pues si así fuese debería, también, descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por ellas so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación al caso (confr. fallo precedentemente citado, consid. 5º, *Fallos*, 324:3219, voto del juez Boggiano, consids. 11, 13 y 14 y del juez Vázquez, consids. 15, 16 17 y 19)º.

Es oportuno recordar también que, en el marco del amparo, el control de constitucionalidad de oficio está, a su vez, reconocido expresamente en el ámbito local por el art. 14 de la CCBA.

4. Visto lo ordenado a fs. 575, —en donde como ya lo manifesté sólo se realiza un juicio de vigencia del decreto— y con apoyo en la jurisprudencia del máximo tribunal federal citada en el apartado anterior, empezaré por analizar la validez del dec. 679/99, para pronunciarme luego respecto de su aplicabilidad a estas actuaciones.

El principio de reserva de ley o legalidad en materia tributaria tiene rango constitucional por imperativo de los arts. 4º, 17, 19 y 75, incs. 1º, 2º, y 3º de la C.N.

El art. 76 de la C.N. prohíbe la delegación legislativa en cabeza del poder ejecutivo. Concordantemente, el art. 99, inc. 3º, del texto constitucional federal le impide al PEN en cualquier caso y bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Por otra parte, el art. 99, inc. 2º, de la C.N. le reconoce al ejecutivo facultades de reglamentación siempre que “sean necesari[a]s para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias.”

La CSJN tiene dicho reiteradamente “que *ninguna carga tributaria puede ser exigible sin la preexistencia de una disposición legal encuadrada dentro de los preceptos y recaudos constitucionales, esto es válidamente creada por el único poder del Estado investido de tales atribucio-*

nes, de conformidad con los arts. 4º, 17, 44 y 67 —texto 1853-1860— de la C.N. (*Fallos*, 248:482; 303:245; 305:134; 312:912; 316:2329, entre muchos otros relativos al principio de legalidad tributaria)” (conf. dictamen del procurador general de la Nación que la Corte hace propio en “Cámara Argentina del Libro y otros c/PEN —dec. 616/01— s/amparo ley 16.986”, sentencia de 1/9/2003, *Fallos*, 326:3168, el destacado me pertenece).

5. Las normas y los criterios jurisprudenciales indicados sustentan las consideraciones que siguen acerca del dec. 679/1999.

La ley 24.920 fue publicada en el *B.O.* el 31/12/1997. En el apart. 9, del punto 16), del inc. h), del art. 7º, dispuso que: “estarán exentas del impuesto establecido por la presente ley (...) los intereses de préstamos u operaciones bancarias y financieras en general cuando el tomador sean las provincias o municipios”.

El dec. 679/99, publicado el 25/6/1999, en lo que aquí interesa, establece: “la exención prevista en el apart. 9, del punto 16), del inc. h) del artículo sólo comprende a los intereses originados en préstamos u operaciones financieras de cualquier tipo, celebradas por las provincias o municipios con entidades regidas por la ley 21.526.”

La ley 24.920 en el apart. 9, del punto 16), del inc. h), del art. 7º sólo fija un requisito subjetivo para la exención que consagra, cual es que el tomador sea una provincia o un municipio.

El dec. 679/99 incorpora un nuevo requisito subjetivo que consiste en que la exención prevista en la ley se limita *a los intereses originados en préstamos u operaciones financieras de cualquier tipo, celebradas por las provincias o municipios con entidades regidas por la ley 21.526*” (el destacado me pertenece).

El Poder Ejecutivo nacional excede, así, sus facultades y afecta el principio de reserva o legalidad en materia tributaria al reglamentar del modo en que lo hiciera la ley 24.290. En consecuencia el dec. 679/99 resulta inconstitucional.

Esta línea hermenéutica es la que la mayoría del tribunal siguiera en distintos precedentes.

Así en “Asociación de Receptorías de Publicidad (A.R.P.) c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 329/00, resolución de 6/9/2000 (conf. *CyJ, Fallos TSJBA*, II-200, p. 260 y ss.) señaló que de acuerdo con la doctrina de la Corte Suprema ““(...) las exenciones impositivas deben resultar de la letra de la ley, de la indudable intención del legislador en cuanto tal o de la necesaria implicancia de la norma que la establezca””. Y en función de esa doctrina,

el tribunal reconoció, en una cuestión vinculada a exenciones tributarias, “la potestad exclusiva del legislador para crear y reglar el tributo en cuanto tal” (conf. apart. 9, párr. 2º, voto de las juezas Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde y del juez Guillermo A. Muñoz del fallo precedentemente mencionado).

Con idéntico criterio, en “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Sociedad Italiana de Beneficencia de Buenos Aires c/DGR (resol. 1881-DGR/00) s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR’”, expte. n° 1227/01, resolución de 26/3/2002, adherí a la opinión de mi colega la jueza Ana María Conde cuando expresó en su voto que: “[e]s indudable que *la ley regula el tributo. Para crearlo y para eximirlo*. Sólo con una habilitación legal previa, la administración puede conceder excepciones. Sólo bajo las condiciones que la ley impone, la concesión es válida. (...) *A ella deben ajustarse todos los actores: la administración, la [contribuyente] y los jueces al resolver la controversia*” (conf. apart. 9, párr. 1º del voto citado, el destacado me pertenece).

La norma del dec. 679/99 que limita la exención creada por la ley 24.290 no rige a la fecha del dictado de las resoluciones 4809-SHyF/98 y 2697-SHyF/99, más allá de lo prescripto por el art. 3º de ese decreto, en tanto la reglamentación de la ley altera el sentido de lo que ella ordena.

Se trata entonces de una inconstitucionalidad emergente de la actuación de un órgano, en el caso el Poder Ejecutivo, más allá del marco de su competencia, haciendo uso de atribuciones que no le son propias porque corresponden de manera exclusiva por mandato constitucional a otro órgano, el Poder Legislativo. Tal situación importa una clara violación de la división de poderes e infringe, por lo tanto, el art. 1º de la C.N.

Una regla inválida no es relevante para decidir respecto de la constitucionalidad de otras reglas, a las que en principio debería aplicarse. Y así ocurre con las resols. 4809-SHyF/98 y 2697-SHyF/99 que fueron impugnadas por la amparista en esta causa.

Anticipo, entonces que, por las razones expuestas hasta aquí, mantendré la solución a la que llegara con alguno de mis colegas al pronunciarme en la sentencia de fs. (506/519).

6. Eliminado el dec. 679/99 del plexo normativo que define el caso, corresponde examinar si las resols. 4809-SHyF/98 y 2697-SHyF/99 están adecuadas al marco legal.

Como dijera, el art. 7º, inc. h), pto. 16), apart. 9, de la ley 24.920, establece que “estarán exentas del impuesto establecido por la presente ley (...) los intereses de préstamos u operaciones bancarias y financieras en general cuando el tomador sean las Provincias o Municipios”.

De conformidad con esa disposición, la Secretaría de Hacienda y Finanzas del Gobierno de la Ciudad dictó las resol. 4809-SHyF/98 —de fecha 23/11/1998— y 2697-SHyF/99 —de 29/10/1999— a través de las cuales fijó una serie de mecanismos tendientes a efectuar la detracción del IVA calculado sobre los intereses contenidos en los pagarés emitidos por el GCBA en oportunidad de celebrar ciertos contratos de novación o renegociación de deudas (conf. art. 1º, de cada una de ellas).

En virtud de esas resoluciones, y al efecto previsto por el art. 1º de las mismas, el Gobierno intimó mediante sucesivas cartas documentos a Alegre Pavimentos SACICAFI (conf. fs. 5, 15 y 19) y, según informe nº 1716 obrante a fs. 22 del principal, frente a la negativa de la empresa, el Gobierno —de conformidad con el procedimiento estipulado en los arts. 2º y 4º de la resol. 2697-SHyF/99— retuvo de las acreencias de aquella una suma equivalente a \$ 62.716,32.

Como señaló el tribunal en la sentencia de fecha 21/6/2001 “desde el punto de vista del deudor (...) la refinanciación de una deuda es una operación de carácter financiera, pues pospone un pago en el tiempo y paga por ello un interés”. de 3/3/2004. Además de este presupuesto objetivo que consagra el art. 7º, inc. h), pto. 16), apart. 9, de la ley 24.920, la ley exige un aspecto subjetivo. Ambos se corroboran en la causa sometida a decisión, ya que el sujeto tomador es el Gobierno de la Ciudad.

Satisfechas las condiciones que tornan operativa la exención prevista por el art. 7º, inc. h), pto. 16), apart. 9, de la ley 24.920, la pretensión de la amparista tendiente a obtener la declaración de ilegitimidad del accionar del Gobierno de la Ciudad y, en consecuencia, la nulidad de las resoluciones nº 4809-SHyF/98 y 2697-SHyF/99, no puede prosperar.

7. Por las razones manifestadas, voto por rechazar la acción de amparo e imponer las costas generadas en la instancia local por su orden (conf. art. 14, CCBA).

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Me adhiero al voto del juez Luis Lozano en cuanto a la solución de fondo de la causa, si bien debo señalar que comparto los argumentos introducidos por el juez José O. Casás, en los consids. de su exhaustivo y enjundioso voto.

2. Tal como lo destacan ambos magistrados, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dejó sin efecto la decisión de este Tribunal del 21/6/2001, por haberse omitido aplicar al caso el decreto nacional 679/99.

Como jueza de este Tribunal Superior de Justicia y toda vez que fue desestimada mi excusación, en razón de la naturaleza federal de las normas en juego y a fin de evitar un dispendio jurisdiccional, debo votar de

conformidad con lo ordenado por ese Alto Tribunal, en la resolución del 19/10/2004. Sin embargo, ello no me impide dejar a salvo mi opinión contraria, pues tengo la firme convicción de que tal omisión se encuentra plenamente justificada, ya que el decreto aludido, carece de toda entidad jurídica para recortar la exención tributaria consagrada por la ley nacional.

Por lo tanto, voto en el sentido indicado, debiendo declararse las costas, tal como lo sostiene el Dr. Casás, en el orden causado.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. En primer lugar, deseo aclarar que no ha sido mi opinión aquella que determinó la decisión revocatoria de la CSJN, conforme al dictamen de la Procuración General de la Nación. En este sentido, yo no me pronunciaba ni opinaba sobre constitucionalidad o inconstitucionalidad alguna de las reglas atinentes al impuesto al valor agregado —cualquiera que fuere su rango—, básicamente en razón de que, a mi juicio, la acción estaba mal planteada: en ella no se discutía una decisión administrativa de la cual emergía algún perjuicio directo o indirecto sino tan sólo la voluntad de la Administración de requerir la devolución de ciertas sumas que, conforme a su interpretación, habían sido abonadas por error, y se agregaba a esta voluntad la amenaza futura de descontar esas sumas de pagos eventuales que el GCBA pudiera tener con la empresa que se tituló agraviada por la intimación y la amenaza al interpretar las reglas atinentes al mismo impuesto de diferente manera.

2. Esta es una situación que se presenta cotidianamente: alguien cree haber pagado por error y le comunica a su acreedor el fundamento de este error y su voluntad de recuperar la suma que pagó por error, bajo apercibimiento de demandarlo o de compensar con un crédito futuro, y el acreedor, que no coincide con ese fundamento, le comunica que no le va a devolver nada voluntariamente y que no tolerará compensación alguna.

3. Según se observa, no hay agravio posible o, cuando menos, él no se ha materializado en el acto impugnado, y, menos aún, por la vía elegida. La confirmación o revocación de la intimación y la amenaza, expuestas en el acto administrativo, no reciben de la sentencia recurrida ni confirmación ni negación. Alegre Pavimentos S.A. puede, según su voluntad no devolver las sumas requeridas por el GCBA, y éste, a su vez, puede no pagarle trabajos futuros, todo dicho en el sentido de acciones físicas, que darán o no darán lugar a pleitos judiciales.

4. No considero que deba modificar, por ende, mi voto, sobre todo el consid. 6 que explica, básicamente, aquello que acabo de decir, pues no participo de la idea de que haya que expedirse sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley tributaria federal y de su reglamentación.

5. En todo caso, si se deseara una sentencia meramente declarativa, el accionante debería plantear la demanda ante los órganos judiciales competentes que no pertenecen, precisamente, a la justicia local de la Ciudad de Buenos Aires.

Por ello, como resultado de la votación que antecede y, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad planteado por Alegre Pavimentos SACICAFI, *revocar* la sentencia dictada por la Sala II a fs. 381/3, *hacer lugar* al amparo articulado por la parte actora y, en consecuencia, anular las resoluciones e intimaciones impugnadas.

2°. *Imponer* las costas generadas en las instancias locales, en el orden causado.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva el principal con esta queja.

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

LXXXII

“NAZAR, MARÍA CRISTINA Y OTROS C/GCBA
S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO”

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Admisibilidad. Fuero contravencional y de faltas. Juzgados de primera instancia. Juez. Designación. Procedimiento. Aprobación de pliego. Supresión del cargo. Juramento. Atribuciones de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires. Silencio. Designación ficta. Necesidades del servicio de justicia. Principio de división de poderes

Expte. nº 3628/04 - 3/8/2005

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. María Cristina Nazar y Rosa Elsa Parrilli, participantes del concurso n° 6/99 del Consejo de la Magistratura para la selección de jueces en lo contravencional y de faltas, interpusieron una acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad —Legislatura— para que se declare la inconstitucionalidad de las leyes 935 y 1086, se suspendan los efectos de éstas sobre sus pliegos y, en consecuencia, se declare que se encuentran en posesión *ficta* de los cargos para los que fueron propuestas (fs. 1/8 vta.).

2. La jueza de primera instancia hizo lugar a la demanda, con costas (fs. 547/562). En su decisión consideró que: *a)* la ley 935, en tanto establece la interrupción del plazo fijado por el art. 118, CCBA, es inconstitucional por contravenir lo señalado en ese artículo; *b)* la ley 1086, al modificar las disposiciones transitorias tercera, undécima, duodécima y decimotercera de la ley 7, es inconstitucional por la irrazonabilidad de sus fundamentos. En el punto 3° del dispositivo ordenó “que la Legislatura dé cumplimiento a la culminación del trámite de designación como juezas de primera instancia en lo contravencional y de faltas, conforme al procedimiento legal previsto por la CCBA y con exclusión de lo normado en las cláusulas declaradas inconstitucionales, solicitando, a tal fin, la remisión de los pliegos de las actoras al Consejo de la Magistratura de la Ciudad” (fs. 561 vta./562).

3. Ambas partes apelaron la sentencia.

Las actoras (fs. 565/568), por considerar que no es “la Legislatura de la Ciudad quien debe declararnos en posesión ficta en nuestros cargos (...) En el apart. 3° que impugnamos debió declarársenos en posesión ficta de los cargos de juezas” (fs. 565 vta.).

La demandada, representada por la Procuración General (fs. 571/581 vta.), pues considera que al ser constitucionalmente válidas ambas normas no ha operado la designación ficta de las actoras ni se han lesionado sus derechos.

4. La Sala II de la Cámara resolvió:

- a)* “confirmar los puntos 1° y 2° de la sentencia apelada y en consecuencia declarar la inconstitucionalidad de los arts. 1° de la ley 935 y de los arts. 1°, 2°, 3° y 4° de la ley 1086”;
- b)* revocar el punto 3° de la sentencia de primera instancia y “considerar aprobadas las propuestas de las actoras como juezas de primera instancia en lo contravencional y de faltas del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en los términos del art. 118 de la CCBA”;

- c) ordenar al Consejo de la Magistratura que disponga lo que corresponda a efectos de que se reciba a las actoras el juramento de rigor y se asignen o readecuen las partidas presupuestarias que resulten necesarias para ponerlas efectivamente en funciones;
- d) imponer las costas del proceso a la demandada, en ambas instancias (fs. 619/627).

La Sala adujo, en síntesis, que:

- a) las disposiciones del art. 1º de la ley 935, ponen en cabeza del legislador la posibilidad de extender el plazo previsto por el art. 118 de la CCBA, por lo que se apartan de la voluntad del constituyente;
- b) que hasta el dictado de la ley 1086 los cargos para los que concursaron las actoras existían efectivamente y la intención del proyecto de la ley fue reducir la cantidad de jueces;
- c) la atribución que tiene el órgano legislativo para determinar el número de tribunales que compondrán el Poder Judicial de la Ciudad no importa la posibilidad de suprimir juzgados ya creados y con sus jueces designados, atento las garantías e inmunidades que rodean al Poder Judicial;
- d) en consecuencia, creados válidamente los cargos, celebrados íntegramente los concursos, presentados los pliegos en la Legislatura y transcurrido el plazo del art. 118 de la CCBA, los legisladores carecían ya de facultades para reducir el número de los jueces de primera instancia del fuero en lo contravencional y de faltas;
- e) cabe equiparar la situación de las actoras a la de quienes hubiesen gozado de aprobación expresa, por lo que ya revestían al momento de la entrada en vigencia de la ley 1086 de las inmunidades y garantías de la magistratura, sin que la falta del juramento ritual pueda resultar óbice a lo expuesto;
- f) la norma es inconstitucional porque ha sido el producto del ejercicio de una facultad que si bien compete al legislador, en el momento y las condiciones en que lo hizo ya le estaba vedada.

5. La Procuración General interpuso el recurso de inconstitucionalidad de fs. 631/645, que fue contestado a fs. 651/663 vta. y concedido por la Cámara a fs. 666/666 vta.

La demandada plantea en el recurso las siguientes cuestiones:

- a) que la ley 935, reglamentaria del art. 118 de la Constitución, es constitucional;
- b) que es el procedimiento completo previsto en el Capítulo VI de la ley 6 —y no la audiencia de cada candidato— el que interrumpe

el plazo de sesenta días para que la Legislatura trate el pliego de cada postulante, plazo que vuelve a correr cuando el informe de la Junta de Ética, Acuerdos y Organismos de Control “es girado al Cuerpo”;

- c) que el plazo para tratar los pliegos de las actoras, computado de acuerdo con las pautas anteriores, no fue excedido;
- d) que los cargos no están cubiertos hasta tanto no se toma posesión de ellos, lo que en el caso de los magistrados ocurre mediante el juramento previsto en el art. 109 de la CCBA;
- e) que la ley 1086 es constitucional por la razonabilidad de su reglamentación y de los motivos que llevaron a dictarla, y por no afectar derechos adquiridos.

6. El fiscal general opinó que debe hacerse lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia de la Cámara y rechazar la acción de amparo (fs. 672/676).

7. A fs. 680 el presidente del tribunal, Dr. Julio B. J. Maier se excusó de intervenir en el proceso, lo que fue admitido por el tribunal (fs. 685/686).

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Los agravios de la demandada remiten, en buena medida, a la consideración de cuestiones de la índole de las tratadas *in re* “Paz, Marta y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 3167/04, sentencia del 3/3/2005. En aquella oportunidad, el tribunal resolvió —para una situación, reitero, análoga— que las actoras ostentaban el carácter de juezas de la ciudad designadas conforme al procedimiento constitucionalmente previsto al efecto, podían requerir que la autoridad competente les tomara juramento mientras que no podía una sentencia judicial ponerlas en funciones.

El objeto de este amparo —como el de aquél— en cuanto se refiere a la situación jurídica subjetiva de las actoras, se circunscribió a requerir una sentencia que declarara a las accionantes en posesión *ficta* de los cargos para los que fueron propuestas por el Consejo de la Magistratura; esto es, juezas de primera instancia de la justicia en lo contravencional y de faltas de la Ciudad de Buenos Aires (fs.1).

Para conseguir ese resultado cuestionaron la validez constitucional de las leyes 935 y 1086 que, a su entender, privaron de efecto a la aprobación de sus pliegos, producida por silencio de la Legislatura. El pedido de inconstitucionalidad tiene carácter instrumental en relación con el objeto perseguido en la demanda de amparo.

2. La Cámara declaró la inconstitucionalidad de los arts. 1º de la ley 935 y 1º al 4º de la ley 1086. En consecuencia, dispuso tener por aprobadas las propuestas de las actoras como juezas de primera instancia en lo Contravencional y de Faltas, ordenar al Consejo de la Magistratura que les recibiese juramento y asignar las partidas presupuestarias pertinentes para ponerlas en funciones.

En lo que ahora importa consideró que —atento a la inconstitucionalidad del efecto interruptivo del plazo constitucional otorgado por la ley 935 (véase el punto 8 de los considerandos, fs. 622/623)—, al tiempo en que la ley 1086 entró en vigencia, las candidatas ya habían quedado designadas juezas, por silencio de la Legislatura, pues el plazo previsto por el art. 118 estaba vencido. De allí parte el *a quo* para decidir que los legisladores carecían de facultades para reducir el número de plazas para integrar, por primera vez, ese tribunal.

3. Los agravios del GCBA vinculados con la forma de computar el plazo previsto por el art. 118 de la CCBA, a partir de la interpretación que propone de los términos de la ley 935, y que conduciría a sostener que las actoras no estaban designadas cuando entró en vigencia la ley 1086 no pueden prosperar.

La Procuración General plantea que el computo del plazo de 60 días hábiles reinició cuando la Junta de Ética, Acuerdos y Organismos de Control emitió el despacho 3100 (el 13/8/2003). De tal manera, la puesta en vigor de la ley 1086 fue anterior a que las actoras obtuviesen su designación ficta. Idéntica consecuencia postula la Sra. Fiscal de Cámara, aunque el cómputo del plazo en cuestión, según el dictamen, debe comenzar al día siguiente de la audiencia prevista por el art. 120 de la CCBA.

A diferencia de lo que ocurría en la causa “Paz”, en estas actuaciones no resulta indiferente analizar la validez de la ley 935, pues si el plazo previsto por el art. 118 fuera computado conforme a las reglas establecidas por dicha ley, bajo cualquiera de las variantes indicadas precedentemente, él estaba en curso al tiempo en que el legislador dispuso reducir el número de jueces del fuero contravencional y de faltas.

En efecto, las constancias de la causa demuestran:

- a) que los pliegos de las actoras ingresaron a la Legislatura el 12/12/2003;
- b) que el procedimiento de la ley 6 tuvo inicio el 23/4/2003, con la convocatoria a audiencia;
- c) que la audiencia de las actoras se recibió el 16/7/2003
- d) que la Junta de Ética, Acuerdos y Organismos de Control emitió el Despacho pertinente el 13/8/2003

e) que la ley 1086 fue publicada el 9/10/2003 y entró en vigencia a la *ceró hora* de ese mismo día.

Ahora bien, si se admite la interrupción de términos establecida en la ley 935, al reiniciarse el día siguiente al de la audiencia el cómputo del plazo de 60 días que manda la Constitución, como propone el dictamen de fs. 609/613, su vencimiento operaría a las *veinticuatro horas* del día 9/10/2003. Esto significaría que la ley 1086 habría adquirido vigencia antes de que las actoras obtuvieran el acuerdo por silencio legislativo (o designación ficta). Obviamente también ello ocurriría si el cómputo de los 60 días arranca el 13/8/2003, como pretende el recurrente, aunque en este supuesto, la diferencia temporal entre la entrada en vigencia de la ley 1086 y el vencimiento del plazo que genera la designación *ficta* sería mayor.

Sin embargo, el tribunal declaró inconstitucional, con efectos derogatorios hacia el futuro, la ley 935 por cuanto esa norma eludía de manera irrazonable el límite temporal previsto por el constituyente en el art. 118 y además, contraria al espíritu de la constitución local. Si bien la derogación de la ley opera a partir de un momento posterior al que toma en cuenta el recurrente en su planteo, lo cierto es que la doctrina sentada por el Tribunal, aplicada ahora en el marco del control difuso, lleva a apartar la referida norma del universo de las que rigen la solución del caso, circunstancia que implica que el plazo del art. 118 de la CCBA operó sin suspensión alguna (conf. TSJ *in re* “Gil Domínguez, Andrés c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 2671/03, sentencia del 20/10/2004).

La inconstitucionalidad de esa norma —que la Legislatura no ratificó no obstante su potestad para hacerlo (art. 113, inc. 2°, CCBA)— deja sin sustento el agravio de la Procuración referido a que la disminución de los cargos a integrar era posible pues las actoras aún no estaban designadas ni siquiera en forma ficta.

Es decir que, conforme las conclusiones de la Cámara, en el caso de las actoras, las etapas previstas en la CCBA para designar a los jueces quedaron válidamente cumplidas. El Consejo de la Magistratura en el marco del concurso 6/99 seleccionó a las amparistas para ser designadas juezas de primera instancia en lo contravencional y de faltas, finalizado el concurso, elevó a la Legislatura los pliegos de los candidatos seleccionados —entre ellos los de las actoras— (art. 116 inc. 1°, CCBA). Luego, la Junta de Ética Acuerdo y Organismos de Control de la Legislatura inició el procedimiento previsto en la ley 6, se celebró la audiencia pública prevista en el art. 120 de la CCBA y finalmente, transcurrido el plazo previsto en el estatuto local, sin que la Legislatura se expidiera, las propuestas quedaron aprobadas (art. 118, CCBA).

Por otra parte, no se cuestiona en autos que ese proceso se cumplió de acuerdo a las previsiones legales aplicables. Por lo tanto, la designación de las actoras como juezas de la Cámara Contravencional y de Faltas quedó perfeccionada de manera válida en virtud de lo que dispone el art. 118 de la CCBA. Dicha norma prevé que “Los jueces y juezas son designados por el voto de la mayoría absoluta de la Legislatura, a propuesta del Consejo de la Magistratura (...) Debe pronunciarse dentro de los sesenta días hábiles, excluido el receso legislativo. Si vencido dicho plazo no se hubiere pronunciado, se considera aprobada la propuesta”. Según se ve, la designación es un acto complejo en el cual intervienen dos órganos: la Legislatura y el Consejo de la Magistratura; y puede quedar perfeccionado por un pronunciamiento expreso de aquella o por su silencio, una vez transcurrido el plazo previsto en la Constitución.

4. No existe previsión alguna en la CCBA acerca de una posible revocación de los actos u omisiones de la Legislatura que producen la designación de los jueces. Es cierto que el art. 110 establece que “...conservan sus *empleos* mientras dura su buena conducta...” y que, en una interpretación estricta, el *empleo* comienza con la asunción de los deberes del cargo. Pero, esa restricción está indisolublemente ligada, desde un punto de vista lógico, a la circunstancia de que la buena conducta allí prevista es centralmente la desarrollada en la función. Mas no es solamente dictar sentencias conforme a derecho lo que se exige al juez. El art. 122 de la CCBA prevé supuestos de remoción por conductas reprochables que están por fuera del desempeño de la función y, más aún, la inhabilidad psíquica o física, circunstancia que torna concebible la hipótesis de juzgar por hechos de esta especie a quien aún no pudo dictar sentencia por no haber sido instalado en el cargo. Dicho de otro modo, la puesta en posesión del cargo es un acto distinto de la designación, que viene a ejecutarla, sujeta al individuo designado a la observancia de ciertos deberes e incompatibilidades y lo pone en contacto con las causas que ha de resolver. Esa puesta en posesión del cargo es un antecedente necesario para que el juez pueda incurrir en mal desempeño de la función; no, en cambio, para que el individuo designado haya podido cometer un delito o volverse incapaz. Todo ello pone en duda que la interpretación más estricta, esto es, la que atribuye estabilidad a las designaciones sólo a partir de que han quedado completadas por la posesión del cargo sea la más fiel a la voluntad del constituyente, ni la más próxima a concretar los valores que el constituyente quiso consagrar, suponiendo que, como es posible, no haya tenido una voluntad precisa a este respecto. Ello implica que no puede ser aplicada la regla del *contrario sensu* habitualmente sospechosa y definitivamente inadecuada en el caso.

Prosigue el comentado art. 110 diciendo que los jueces “Gozan de las mismas inmunidades que los legisladores”. Respecto de ellos, el art. 78 hace nacer la inmunidad “desde el día de su elección”. No parece disputable que la designación es el acto que, para el cargo de juez, equivale a la elección para el de legislador. Es cierto que las inmunidades no son exactamente lo mismo que la estabilidad, pero parece difícil concebir la existencia de aquellas sin la concurrencia de esta última. Puestas ambas cláusulas en relación, pienso que el constituyente ha querido consagrar, para el caso del juez, una garantía cuyo inicio no queda postergado al acto de asunción sino que arranca de la designación.

Otras razones confluyen en apoyo de este criterio. Aun para actos no dotados de estabilidad por normas específicas, la doctrina sentada por la CSJN es que cuando una decisión genera derechos subjetivos en las condiciones del caso que nos ocupa, y mientras reúne requisitos mínimos de forma y competencia, no están facultados para retrotraerla los órganos que la emiten, una vez que ella ha sido puesta en conocimiento del administrado [Nota: En tal sentido ha dicho la CSJN: “[e]l acto administrativo es irrevocable (...) cuando declara un derecho subjetivo (...) [y] cuando causa estado (...)” en tales casos el tribunal señala que “la administración o las entidades autárquicas deben perseguir su anulación por la vía jurisdiccional, no pudiendo —*per se*— revocar” (Fallos, 175:369)]. Esta doctrina tuvo, en el momento de ser adoptada, puro apoyo en la Constitución Nacional. Las cláusulas de dicha Constitución resultan aplicables en el ámbito de la Ciudad. Ciertamente es que no queda eliminada por ello la posible anulación, pero solamente un juez podría disponerla y, por la naturaleza de su función, solamente cuando constata que el acto es ilegítimo, supuesto que no concurre en el *sub lite*.

Por lo demás, no consta en la causa que se haya producido algún acto destinado a revocar la designación de las actoras. Tal hipotético acto tendría, a su turno, que haber sido posibilitado jurídicamente por el constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pero éste no lo hizo. De haberlo querido, no es sencillo pensar cómo podría haberlo organizado en el marco de un proceso de designación en el que participan sucesivamente dos órganos, Legislatura y Consejo de la Magistratura, que obran independientemente el uno del otro. Finalmente, no son los jueces quienes pueden espontáneamente invalidar el acto.

Entonces, corresponde confirmar la decisión de la Sala II, en cuanto declara que las amparistas ostentan la condición o status de juezas designadas conforme al procedimiento constitucionalmente previsto al efecto.

5. La sentencia impugnada ordena al Consejo de la Magistratura que disponga lo necesario “a efectos de que se reciba a las actoras el juramen-

to de rigor y se asignen o readecuen las partidas presupuestarias que resulten necesarias para ponerlas efectivamente en funciones” (fs. 289 vta.).

La aprobación de los pliegos de las actoras, designadas juezas a partir de ello, no ocluye las potestades que el art. 107 de la CCBA confiere a la Legislatura para organizar el Poder Judicial. No surge tal posible impedimento o restricción de una cláusula constitucional ni es consecuencia de una imposibilidad lógica o fáctica de que coexistan designación y reorganización de la Justicia. Conviene recordar en primer término que, conforme lo expuesto más arriba, la designación por voluntad ficta de la Legislatura quedó perfeccionada en un momento anterior a la sanción de la ley 1086 que suprimió los cargos, razón por lo cual, al tiempo en que fueron emitidas, las designaciones tenían un objeto posible, jurídica y físicamente. La imposibilidad de poner en ejecución esas designaciones es sobreviniente, esto es, constituye un supuesto en el que el estado emisor de un acto frustra sus efectos. Aun cuando pudiera suponerse errática o incongruente una gestión de las asuntos públicos en la que conviven designaciones de jueces con desaparición de juzgados, no es ésta la materia que nos compete juzgar. Examinando una atribución similar, la Corte Suprema de Estados Unidos sostuvo, en el caso “Stuart v. Laird” (Cranch, 5 US 299), que el Poder Legislativo tenía autoridad, conferida por la Constitución, para establecer en cada momento la cantidad de tribunales que estimase apropiada y agregó que no existía palabra alguna en la Constitución destinada a prohibir o restringir el ejercicio de ese poder por el legislador. El precedente tiene un matiz destacable: fue emitido en respuesta al cuestionamiento formulado por el litigante que se estimaba apartado del juez natural. En razón de lo expuesto, es tan válido afirmar que las actoras son juezas designadas como que es necesario aceptar el criterio del legislador para determinar la cantidad de jueces destinados a integrar la primera instancia del fuero Contravencional y de Faltas de acuerdo a las necesidades del servicio de justicia. Las dos afirmaciones enunciadas no resultan antagónicas ni se excluyen.

En otras palabras, aun cuando las amparistas sean juezas designadas, la ley 1086 pudo establecer válidamente una conformación de la primera instancia que no las incorporase de manera inmediata al fuero, cuya integración siempre se previó como gradual o paulatina.

Los efectos de las designaciones no desaparecen junto con los juzgados, aunque esa desaparición las altera sensiblemente. Por una parte, la decisión de la Legislatura puede variar con el tiempo y una ley futura podría tornar aprovechable la energía de las juezas designadas. Por la otra, el ordenamiento jurídico siempre tiene respuesta para la frustración de derechos acordados y éste lo fue.

6. Tanto la de crear y suprimir cargos, de la que me ocupo en el punto anterior, como la de aprobar el presupuesto son facultades privativas de la Legislatura. No es posible, por ello, dictar una sentencia que ordene instalar a las actoras al frente de un juzgado, real o ficto, creado por el juez emisor del fallo, o reasignar recursos del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires de manera distinta a la presupuestada por la Legislatura.

La imposibilidad de que el juez ejerza estas facultades legislativas u otras de la misma especie es esencial al sistema de división de poderes. Aun cuando la circunstancia de que, a diferencia del mandato de los jueces, el de los legisladores emana directamente del voto popular, no es éste el único fundamento para excluir a los jueces de su ejercicio, ni siquiera el principal. Las decisiones de los jueces pasan en autoridad de cosa juzgada. Es decir, cobran la máxima rigidez que permite el sistema. En esas condiciones, a diferencia de lo que ocurre con un acto de la Legislatura, que como principio puede ser modificado por la Legislatura que lo dictó o una posterior, el dictado por el juez no podría serlo ni aun por otro juez. Esto implicaría un sometimiento de la voluntad política del pueblo en su actual composición y en las futuras, algo que no resulta constitucionalmente posible consentir.

Acorde con ello, el ámbito propio de los jueces está delineado por el concepto “causa”. Así lo dispone el art. 106 de la CCBA. Excepcionalmente, el art. 113 concentra exclusivamente en el TJS la misión de resolver conflictos entre poderes que no pueden encontrarla en la interacción de esos poderes. Esos conflictos consisten, en última instancia, en disputas acerca del alcance de las competencias de los contendientes. Es una competencia delicada y por ello reservada por el constituyente a un solo órgano. Las causas son conflictos acerca de la existencia y alcance de derechos subjetivos, esto es, de aquellos medios que el sistema pone en manos de los particulares, no de los órganos que ejercen el poder público en nombre de toda la comunidad. Este ámbito viene directamente relacionado con el derecho de defensa en juicio cuyo objeto es precisamente la persona y sus derechos; no el órgano y sus competencias. De esa manera, el constituyente, según la reglamentación que emite el legislador, dispone los remedios judiciales con un alcance que, si bien supone ejercicio del poder público —ejecución de bienes, por ejemplo— no arroja consecuencias sobre la distribución de poderes sino sobre la de derechos subjetivos —reconoce en el actor la propiedad que ostentaba el demandado, transmite la propiedad de un derecho patrimonial del demandado al actor, etc.— Estos derechos pueden ser asignados con una estabilidad superior a la de las medidas de poder público. En este sentido ha dicho el máximo tribunal

federal que “[l]a Corte Suprema sólo puede pronunciarse, originariamente o en recurso, cuando se somete a su decisión un caso contencioso, en el que existe o pueda existir un derecho lesionado que la sentencia deba reparar (*Fallos*, 184:358), que “el Poder Judicial [...] se define [...] como el que se ejerce en las causas [...] en las que se persigue en concreto la determinación de un derecho debatido entre partes adversas” (“Klein, Guillermo W.”, CSJN, 29/8/1986, “Costantino Lorenzo v. Nación Argentina”, CSJN, 12/12/1985 y *Fallos*, 156:318 entre otros); que son “pautas que permiten establecer si se da una controversia definida y concreta [...] que la acción (administrativa) impugnada afecta substancialmente en algún momento los intereses legales de alguna persona” (“Baeza, Aníbal Roque c/Estado nacional”, CSJN, 23/8/1984), que “resulta condición para el examen judicial de constitucionalidad, que él ocurra como aspecto de un litigio común y como medida tendiente a superar el obstáculo que deriva de las leyes o actos impugnados para el reconocimiento del derecho invocado por el litigante” (“Gascón Coti, Alfredo y otros”, CSJN, 6/6/1990), y que “un interés concreto, inmediato y sustancial [...] lleva a entender el planteo como una causa, caso o controversia, único supuesto que autoriza la intervención del los jueces” (“Polino, Héctor y otro c/Poder Ejecutivo”, CSJN, 7/4/1994, y “Mericiadri de Morini, María Teresa s/presentación (Unión Cívica Radical)”, CSJN, 12/5/1995), entre otros. En el mismo sentido puede citarse el antiguo precedente de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el que el juez Marshall dijo que “el Poder Judicial puede actuar solamente cuando la materia le es sometida bajo la forma de un caso y el caso surge sólo cuando una parte afirma sus derechos en una forma prescripta por la ley (*in re* “Osborn v. United States Bank”, 9 Wheat 738, 819).

Es posible concebir situaciones límite en las que, bajo condiciones especiales, quepa asignar al juez la emisión de actos que, por su naturaleza, competen, como principio, a los órganos políticos. Otorgar la ciudadanía es, en el orden nacional cuya similitud con el de nuestra Ciudad viene determinado por el empleo del concepto “causa”, un ejemplo de ello. Pero, se trata de supuestos expresamente previstos por ley; no, inferidos de la naturaleza de función judicial. Crear un juzgado o reasignar partidas presupuestarias son actos que exceden con mucho el ámbito de los derechos subjetivos que pueden ser puestos en juego en causas.

7. Una vez sentado que las actoras ostentan válidamente una designación como juezas de la Ciudad, aunque sin funciones asignables en la actualidad, cualquier disposición destinada a condicionar en el tiempo la vigencia de pliegos de *candidatos* propuestos por el Consejo de la Magis-

tratura no las alcanza ni les incumbe pues no eran meras candidatas al tiempo en que fue promulgada la ley sino que estaban designadas por medio ficto y su designación no ha sido cuestionada. No constituye cuestionamiento la propia ley 1086 puesto que busca apoyo en un supuesto distinto: la inexistencia de designación; sin que el legislador haya dispuesto dejar sin efecto la ya perfeccionada según lo expuesto. En consecuencia, como el objeto del amparo queda satisfecho, en lo que aquí interesa, al reconocer, por las razones antedichas, el status que corresponde a las demandantes, no es necesario expedirse acerca de la validez constitucional de la ley 1086, en este aspecto.

8. A esta altura de la exposición, cabe efectuar algunas distinciones. Con arreglo al art. 103 de la CCBA, el acto de prestar el juramento es bifronte. La persona designada como juez asume en él los deberes e incompatibilidades propias de esa elevada función y, simultáneamente, el estado la pone en el cargo, es decir, le confía la decisión de causas o controversias que resultan distribuidas por imperio de reglas legislativas. Estos dos conjuntos de consecuencias jurídicas, aún superpuestos, son discernibles y pueden operarse separadamente. Ello encuentra explicación, entre otras, en las circunstancias de que la asunción de la competencia está condicionada a la observancia de los deberes e incompatibilidades; mas no es necesaria la inversa. Aunque no es natural, es posible que el servicio de un juez esté a disposición del estado y este, por circunstancias diversas no lo aproveche. Ha sido el caso, por ejemplo, de los jueces del fuero contencioso administrativo y tributario local que fueron designados, prestaron el juramento de rigor, pero se difirió el ejercicio de su potestad jurisdiccional hasta que ciertas condiciones que debían ser brindadas por el estado estuvieron satisfechas (designaciones de empleados, provisión de mobiliario, etcétera); también al establecerse el tribunal, se dispuso una feria inicial para adoptar medidas de organización y administración; lo mismo ocurrió en el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Tierra del Fuego, cuyos magistrados se abocaron a proyectar leyes de organización y procedimiento como los autorizaba el art. 156, inc. 8º, de la Constitución de esa provincia, y sólo meses después habilitaron, primero, su competencia originaria. Finalmente, el desempeño genera para el estado el deber de retribuir al juez y hacerse cargo de otros gastos en los que incurre para posibilitar el cumplimiento de esa función.

Según lo expuesto en el punto 6, en lo que hace al establecimiento de las reglas cuya aplicación determina la distribución de las causas, la Legislatura no es sustituible. En cambio, la puesta a disposición del servicio por parte de quien ha sido designado como juez, por las razones expuestas

en los puntos 2, 3 y 4, no requiere acto legislativo, ni puede, en verdad, ser resistida por el estado, si así lo requiriera el juez designado. De tal suerte, uno de los dos actos que conviven en el juramento debe ser llevado a cabo a solo requerimiento del interesado, en el caso, de cada una de las actoras por sí. No puede, en cambio, requerir judicialmente que le sean sometidos litigios pues no hace ello a su derecho sino a su competencia, que puede defender ante otro juez, según reglas legislativas, pero no frente al Estado cuyo Poder Legislativo las sanciona.

En cuanto a las partidas presupuestarias, si bien compete privativamente a la Legislatura aprobar el presupuesto, no es dudoso que si el estado incurre en una deuda por recibir un servicio o tenerlo disponible, esa deuda es de legítimo abono.

9. Las actoras formularon su petición central como la solicitud de que se las declarara en posesión *ficta* de los cargos para los que fueron propuestas por el Consejo de la Magistratura; esto es, juezas de primera instancia en lo contravencional y de faltas del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires (fs. 28). Esta petición limita al tribunal según reglas por todos conocidas. Naturalmente, como todo pedido comprende no solamente lo que abarca de modo explícito y pleno sino también aquellos reclamos que estén comprendidos conceptualmente dentro de su formulación. En el caso, el de ser puestas en posesión ficta de los cargos, comprende sin duda el de que les sea recibido juramento por medio del cual asuman los deberes e incompatibilidades del cargo y comprometan mantener su servicio a disposición del GCBA para el supuesto de que éste resuelva recrear los cargos o aprovechar aquellos servicios de una manera compatible con la designación. Desde luego, puede ocurrir que sea voluntad de las actoras hacerlo de inmediato o en el futuro, y el estado sólo podría exigirlos si estuviera efectivamente entregándoles el ramo de competencias para cuyo ejercicio fueron originariamente efectuadas las designaciones.

10. Los derechos que pudieran apoyar las actoras en el status que ostentan actualmente: juezas de la Ciudad designadas sin atribución de funciones, exceden el marco de este juicio.

Las demandantes son juezas de la Ciudad y así debe ser declarado. En cambio, no es posible, en términos constitucionales, ordenar al Consejo de la Magistratura que las ponga en funciones y reasigne al efecto “las partidas presupuestarias que resulten necesarias” como dispone el pronunciamiento impugnado (fs. 289 vta.).

En cuanto a la doctrina del caso “Cevasco”, invocada por las actoras, cabe señalar que el cargo de fiscal general adjunto que el Consejo de la

Magistratura atribuyó al nombrado, a raíz del silencio que guardó la Legislatura frente a su propuesta, una vez celebrada la audiencia pública, existía tanto al momento de llamarse a concurso para cubrir la vacante como al tiempo de remitir las actuaciones al señor fiscal general de la CABA (conf. resolts. CM 7/00, 94/00, 43/02, y 258/02).

11. En suma, con apoyo en el criterio sentado en “Paz”, mencionado *ut supra*, voto porque el Tribunal:

1) haga lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Procuración General y confirme la sentencia de Cámara en cuanto tiene por designadas como juezas de primera instancia a las Dras. María Cristina Nazar y Rosa Elsa Parrilli; 2) revoque la sentencia de la anterior instancia en cuanto declaró la inconstitucionalidad de los arts. 1º, 2º, 3º y 4º de la ley 1086 y ordenó al Consejo de la Magistratura que disponga lo que corresponda a los efectos de recibir juramento a las actoras, y a asignar y readecuar las partidas presupuestarias necesarias para ponerlas efectivamente en funciones; 3) imponga las costas a la demandada en todas las instancias, pues, más allá del acogimiento parcial del recurso interpuesto por el Gobierno local, fueron sus actos los que dieron lugar al reclamo de las actoras, y la sentencia reconoce —con el alcance antes fijado— la lesión de sus derechos y la justicia de sus planteos (art. 14, CCBA y art. 62, párr. 2º del CCAyT).

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad fue bien concedido por la Cámara. En efecto, el escrito de fs. 631/645 cumple con los requisitos legales de tiempo y forma (art. 28, L.P.T.) y, como exige el art. 27 de la L.P.T., tiene por objeto impugnar una sentencia definitiva, emitida por el tribunal superior de la causa, que declara la inconstitucionalidad del art. 1º de la ley 935 y de los arts. 1º, 2º, 3º y 4º de la ley 1086.

2. Las cuestiones que se ventilan en esta causa guardan similitud con las resueltas por el tribunal en “Paz, Marta y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 3167/04, sentencia de 3/3/2005.

Por esa razón, muchos de los argumentos que sostendré en este voto, reproducirán las consideraciones que efectuara al pronunciarme en aquel caso.

3. El agravio vinculado a la constitucionalidad del art. 1º de la ley 935 no puede prosperar.

En su redacción original, el art. 1º de la ley 935 modificaba el art. 9º, párr. 4º, de la ley 7 del siguiente modo: “art. 9º — *Nombramiento de magis-*

trados/as y funcionarios/as (...) La Legislatura debe pronunciarse dentro de los sesenta días hábiles, excluido el receso legislativo, contados desde la fecha de recepción del pliego. El procedimiento previsto en el Capítulo VI de la ley 6 tiene efecto interruptivo. Si vencido dicho plazo no se hubiere pronunciado, se considera aprobada la propuesta”.

En los autos “Gil Domínguez, Andrés c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 2671/03, resolución de 20/10/2004, el tribunal declaró la inconstitucionalidad de la norma cuestionada en los términos del art. 113, inc. 2°, de la CCBA.

Sin embargo, como al tiempo en que se sancionó la ley 1086, el art. 1° de la ley 935 estaba vigente, es necesario que en este caso me pronuncie sobre su validez. Como hiciera al pronunciarme en la sentencia de 20/10/2004, dictada en el marco del control abstracto de constitucionalidad en los autos mencionados precedentemente, sostendré la invalidez del art. 1° de la ley 935 por la totalidad de los argumentos que expusiera mi colega la jueza Ana María Conde y a los que adherí en aquella oportunidad. Me limitaré, pues, a reproducir un par de párrafos de ese voto que sintetizan dichos fundamentos.

“En un sistema constitucional que incrementa la participación pública en el proceso de toma de decisiones no cabe considerar como una interpretación válida del art. 118 que éste habilite una designación ficta de un magistrado, sin audiencia pública previa; pues ello contrariaría lo expresamente previsto en el art. 120 de la Constitución y el principio de participación ciudadana consagrado en el art. 1° de la norma suprema local.

VII. Ahora bien, la norma objetada prevé la realización de la audiencia pública, pero lo hace dentro del marco de un procedimiento que aparece como un ejercicio meramente potestativo del legislador, en un ámbito en el que éste no puede ser discrecionalmente ejercido, pues *la voluntad del cuerpo se encuentra acotada por los límites temporales fijados por el constituyente local. Además de ello, la determinación arbitraria del cómputo del plazo a la que arribara la legislatura —introduciendo una interrupción a la que de ningún modo la autorizaba la Constitución— desvirtúa la finalidad constitucional de poner un término al plazo que puede tomar la Legislatura para considerar un pliego de candidato a juez”.*

Por las razones expuestas he de declarar la inconstitucionalidad del art. 1° de la ley en el caso. Y ello, en atención a que al tiempo en que fue sancionada la ley 1086 aún no había transcurrido el plazo computado según el art. 1° de la ley 935.

4. Declarada la inconstitucionalidad del art. 1° de la ley 935, en primer lugar, he de asumir que la designación ficta prevista en el art. 118 de la CCBA había acaecido respecto de las actoras.

En efecto, de las constancias de esta causa surge que:

- a) el 12/12/2002 el Consejo de la Magistratura —en el marco del concurso 6/99— resolvió elevar a la Legislatura los nombres de los 38 candidatos propuestos para cubrir los 38 cargos de juez de Primera Instancia en lo Contravencional y de Faltas (fs. 55/58);
- b) ese mismo día los pliegos ingresaron a la Legislatura (fs. 59 vta.);
- c) el 23/4/2003 la Junta de Ética de la Legislatura dio curso al procedimiento regulado en la ley 6 (fs. 3);
- d) el 16/7/2003 se celebró la audiencia pública exigida por el art. 120 de la CCBA (198 vta.); y
- e) el 30/9/2003 se publicó en el *BOCBA* la ley 1086.

5. En ese contexto fáctico, y en el ámbito del control difuso de constitucionalidad (conf. art. 113, inc. 3º, CCBA), abordaré el segundo agravio expuesto por el Gobierno relativo a la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 1º a 4º de la ley 1086 (desarrollado en el punto V del recurso de inconstitucionalidad, fs. 638 vta./644 vta.).

Adelanto que este aspecto del recurso tendrá favorable acogida por los argumentos que expresé al votar en “Paz, Marta y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 3167/04, sentencia de 3/3/2005:

“El art. 3º de la ley 1086 utiliza la locución ‘candidatos’ para referirse al universo afectado por esa disposición. En efecto, expresamente ratifica ‘el procedimiento de designación iniciado por las resoluciones de la Junta de Ética, Acuerdos y Organismos de Control N° 4 y 5 de 2003, respecto a los seis primeros candidatos a jueces de Cámara de Apelaciones y a los primeros veinticuatro jueces de Primera Instancia, según los órdenes de mérito correspondientes a los concursos públicos 5/99 y 6/99’ y suspende ‘el mismo respecto de los candidatos a Jueces de Cámara de Apelaciones comprendidos entre los puestos siete a doce, y de los candidatos a jueces de primera instancia comprendidos entre los puestos veintisiete a treinta y ocho del orden de mérito 5/99 y 6/99 respectivamente, hasta tanto se disponga la integración de los tribunales correspondientes’.

He sostenido en el apartado [4] de este voto que por efecto del mecanismo de designación ficta regulado en el art. 118 de la CCBA, las actoras ostentan válidamente una designación como juezas de la Ciudad, aunque de esa designación no haya tenido efecto aún su lógica consecuencia, esto es: la asunción de las funciones que de ella se derivan.

En ese marco, comparto la opinión de mi colega el juez Luis F. Lozano en el apart. 7 de su voto [que reitera bajo el mismo número en esta causa], cuando dice que ‘no eran meras candidatas al tiempo en que fue

promulgada la ley sino que estaban designadas por medio ficto y su designación no ha sido cuestionada’.

En consecuencia, los artículos de la ley 1086 cuestionados en este proceso regulan un supuesto diferente que supone la inexistencia de designación. Por tanto, la norma no puede ser invocada para dejar sin efecto las designaciones ya perfeccionadas de cada una de las amparistas.

No corresponde, entonces, hacer lugar a la inconstitucionalidad de los arts. 1º a 4º de la ley 1086. Basta señalar que esa norma es inaplicable al caso por lo dicho más arriba”.

6. Asimismo, como señalé también al pronunciarme en “Paz, Marta y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 3167/04, resolución de 3/3/2005:

“Nadie discute en esta causa la facultad de la Legislatura para organizar la estructura del Poder Judicial (conf. arts. 81, inc. 2º, y 107, CCBA). Pero no toda actividad legislativa dirigida a cumplir con los arts. 81, inc. 2º, y 107 de la CCBA queda incluida en el ámbito de su competencia en la materia.

Agotado el plazo del art. 118 de la CCBA, las reformas estructurales que la Legislatura aprobara no alcanzan a quienes, como las actoras, habían satisfecho todos los requisitos constitucionales y legales para ostentar la calidad de jueces. En otros términos, y como ya lo señalara en el apartado anterior de mi voto, en relación con ellas, no es aplicable la ley 1086.

Una interpretación de la ley 1086 que entendiera que ella comprende situaciones consolidadas como la de las amparistas, excedería las facultades organizativas de la Legislatura contempladas en los arts. 81, inc. 2º, y 107 de la CCBA. Y ello porque aquella lectura desestabilizaría el equilibrio entre órganos, que en un estado democrático (como el que adopta la Ciudad, conf. art. 1º de la CCBA) se intenta asegurar a través del principio de división de poderes consagrado por los arts. 5º de la C.N. y 1º de la CCBA”.

7. De modo que, con apoyo en los fundamentos desplegados en los dos apartados anteriores y en los que expusiera al votar en “Paz, Marta y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 3167/04, resolución del 3/3/2005:

“No comparto los argumentos de la Cámara que sostienen el punto 3 del dispositivo de la sentencia recurrida. Por lo que voto por revocar parcialmente la decisión.

He dicho más arriba que el Poder Legislativo debe actuar dentro de su competencia y que hacerlo supone algunas limitaciones. De igual modo

el Poder Judicial debe ajustar sus decisiones al marco constitucional y legal. La función de los jueces es compleja, y esa complejidad se acentúa siempre que la efectividad de derechos reconocidos en una sentencia requiera la insoslayable actuación positiva de otros órganos.

Dice el Gobierno a fs. 308 que ‘es claro que la implementación de una estructura judicial permanente no se limita a la financiación de los cargos concursados, sino que requiere de muchos otros recursos, tanto humanos como materiales (otros funcionarios, empleados, espacio físico, materiales de trabajo, soporte técnico, servicios, etc.)’. Esa implementación no compete a los jueces de la Ciudad, ni a la Cámara ni al Tribunal Superior. Requiere en cambio, la ‘actuación positiva’ de la Legislatura y del Consejo de la Magistratura. Corresponde, entonces, ordenar a una y a otro que ejerzan las atribuciones que le son propias y arbitren todos los medios necesarios a fin de posibilitar a las actoras el ejercicio de la función judicial”.

8. Por las razones expresadas en este voto propicio: *a)* hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad; *b)* confirmar parcialmente la sentencia de Cámara en cuanto declaró la inconstitucionalidad del art. 1º de la ley 935 y consideró aprobadas las propuestas de las actoras como juezas de Primera Instancia en lo Contravencional y de Faltas; *c)* revocar la sentencia en cuanto declaró la inconstitucionalidad de los arts. 1º, 2º, 3º y 4º de la ley 1086 y ordenó al Consejo de la Magistratura que disponga lo que corresponda a efectos de recibir juramento a las actoras, y a asignar o readecuar las partidas presupuestarias necesarias para ponerlas efectivamente en funciones; *d)* ordenar a la Legislatura y al Consejo de la Magistratura que arbitren los medios necesarios según las competencias fijadas a cada uno de ellos en la CCBA y en las leyes pertinentes a fin de dar cumplimiento a esta sentencia; y *e)* imponer las costas por su orden, en todas las instancias, atento al vencimiento parcial y recíproco (art. 14, CCBA).

Los jueces JOSÉ O. CASÁS y ANA MARÍA CONDE dijeron:

1. Ya hemos tenido oportunidad de pronunciarnos en voto conjunto sobre una cuestión que, en lo sustancial, resulta análoga a la presente [*in re*: “Paz, Marta y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 3167/04, sentencia del 3/3/2005]. Por consiguiente, nos limitaremos a adaptar los desarrollos vertidos en aquella oportunidad a las circunstancias particulares del caso que ahora se somete a nuestra consideración.

2. De conformidad con el art. 27 de la ley 402 “El recurso de inconstitucionalidad... procede cuando se haya controvertido la interpre-

tación o aplicación de normas contenidas en las constituciones nacional o de la ciudad, o la validez de una norma o acto bajo la pretensión de ser contrarios a tales constituciones siempre que la decisión recaiga sobre esos temas” (art. 27, ley 402). En el caso se ha puesto en debate la validez de dos leyes (935 y 1086) por ser contrarias a la CCBA (arts. 118 y 110, respectivamente), la decisión de la Cámara trató expresamente la cuestión y declaró la inconstitucionalidad de ambas normas.

Por ello, el recurso de la parte demandada, el GCBA, ha sido correctamente concedido por la Sala II de la Cámara (fs. 666/666 vta.).

3. El núcleo argumentativo de la sentencia de la Cámara que se objetiva mediante el recurso de inconstitucionalidad establece que:

- a) la atribución legislativa para “determinar el número de tribunales” no conlleva la posibilidad de suprimir juzgados ya creados y con sus jueces designados, atento a las garantías e inmunidades de los magistrados;
- b) la aprobación ficta de los pliegos ocurrió antes de entrar en vigor la ley 1086; y
- c) las actoras estaban investidas con las inmunidades y garantías de la magistratura al momento de entrar en vigencia la ley 1086, “sin que en este caso la falta de juramento ritual pueda resultar óbice a lo expuesto” (fs. 625 vta./626).

4. La CCBA, en su art. 107, al regular la composición del Poder Judicial, establece que “El Poder Judicial de la Ciudad lo integra el Tribunal Superior de Justicia, el Consejo de la Magistratura, los demás tribunales *que la ley establezca* y el Ministerio Público” (sin cursivas en el texto original).

Es claro, entonces, que, en el diseño institucional del Poder Judicial la CCBA ha establecido, expresamente, ciertos órganos y ha delegado en el Poder Legislativo la creación de los demás tribunales (unipersonales o colegiados).

Concordante y expresamente el art. 81, CCBA, dispone que la Legislatura “Con el voto de la mayoría absoluta del total de sus miembros... 2. Sanciona (...) las leyes (...) *sobre la organización del Poder Judicial...*” (sin cursivas en el texto constitucional).

La atribución de la potestad normativa en materia de “organización”, permite a la Legislatura tanto la creación de las unidades que deben brindar el servicio de justicia, como la modificación de la planta existente, sea que ello ocurra por incremento, por reducción, por sustitución, o por cualquier otra forma de alteración de la estructura de los fueros, instancias y tribunales creados con anterioridad.

En suma, es atribución del Poder Legislativo el dictado y la modificación de las reglas de organización judicial.

En cuanto incumbe al caso, en verdad, la actitud del Poder Legislativo ha sido errática. Como surge del detallado examen efectuado en la sentencia recurrida, el art. 36 de la ley 7 dispuso que la Cámara se integre con doce jueces y la cláusula transitoria tercera que “el fuero (...) puede conformarse paulatinamente de acuerdo a las necesidades del servicio. En su primera integración debe constituirse, como mínimo, una Cámara de seis miembros...”.

Puede verse que la ley 7, en su versión originaria, delegó implícitamente, y sin expresar en qué órgano, la ponderación de las necesidades de servicio, al facultar la conformación paulatina de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas, aunque fijó un mínimo de miembros para la primera integración. Es de suponer que la delegación se efectuó en el Consejo de la Magistratura, pues es el órgano que tiene la superintendencia administrativa, financiera y presupuestaria de esos tribunales (art. 116, CCBA). Ello se condice con la conducta adoptada por ese órgano, que consideró conveniente para el servicio convocar a concurso para cubrir doce cargos (resol. 49-CM/99).

Le asiste razón a los jueces de las instancias anteriores en que la situación no fue modificada por la ley 591 (véase punto 10 *in fine* de la sentencia de Cámara, fs. 625) y que ella se mantuvo hasta que la ley 1086 reformó la cláusula transitoria tercera, que quedó redactada del siguiente modo: “El fuero Contravencional y de Faltas se conformará de acuerdo a las necesidades del servicio. En su primera integración se constituirá con una Cámara de seis miembros...”. Por medio de esta ley la Legislatura, también en forma implícita, retomó la valoración de las necesidades que determinarían el número de jueces a designar y lo fijó en seis.

No cabe censurar, desde la perspectiva de los arts. 81 y 107 de la Constitución, que el Poder Legislativo asuma al dictar la ley 1086 el ejercicio de una competencia que le es propia.

5. La alzada afirma que, en el caso, la atribución conferida por esos artículos a la Legislatura no pudo ser ejercida porque “tal atribución no importa la posibilidad de suprimir juzgados ya creados y con sus jueces designados, atento a las garantías e inmunidades que —en resguardo de la división de poderes— rodean al Poder Judicial” (fs. 625 vta.).

Para llegar a esta conclusión, la Cámara, primero, reconoció que las propuestas de las actoras habían sido aprobadas por la Legislatura, ya que “al momento del dictado de la ley 1086 había transcurrido en exceso el plazo de sesenta día hábiles —excluido el receso legislativo— previsto

por el art. 118 de la CCBA. Ello por cuanto el 12/12/2002 ingresaron las propuestas de las actoras a la Legislatura y la ley 1086 entró en vigencia el día 9/10/2003” (fs. 625 vta.).

Los jueces de la causa consideraron operado el silencio positivo reglado en el art. 118 de la Constitución, al declarar inconstitucional el art. 1º de la ley 935, que otorgó a la audiencia prevista en el capítulo VI de la ley 6 efecto interruptivo del plazo establecido en la norma constitucional.

Y tal como lo sostiene el juez Luis F. Lozano en su voto, en este caso, a diferencia de lo que ocurría en la causa “Paz”, la decisión relativa a la validez constitucional de la ley 935, no resulta indiferente.

Así las cosas, sobre este punto, la decisión de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo y Tributario debe ser confirmada, toda vez que este Tribunal, por mayoría, ya declaró la inconstitucionalidad del citado art. 1º de la ley 935, en ejercicio del control concentrado de constitucionalidad —en el marco de la acción regulada por el art. 113, inc. 2º de la CCBA— (conf. “Gil Domínguez, Andrés c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 2671/2003, sentencia del 20/10/2004). Por lo demás, se debe destacar que la Legislatura, luego de la sentencia que declaró la pérdida de vigencia del apuntado precepto legal, no hizo uso de su facultad de ratificación.

6. Corresponde, ahora, determinar: *a)* si la aprobación por la Legislatura del pliego de las actoras permite considerarlas amparadas por las prerrogativas de la magistratura que la Sala señala y, en consecuencia, *b)* si la Legislatura se encontraba impedida de ejercer la atribución de los arts. 81, inc. 2º y 107 de la Constitución local.

El *iter* que debe cumplirse para la designación de magistrados es un proceso institucional complejo en el que intervienen distintos órganos constitucionales. Tiene inicio en la selección que efectúa el Consejo de la Magistratura, continúa con la aprobación del pliego del postulante y su consecuente designación por la Legislatura y culmina con la puesta en posesión del cargo a partir del juramento ante quien preside el Tribunal Superior de Justicia prescripto por el art. 109 de la C.N.

En este punto, en primer término, entendemos que se adquiere la condición o *status* de juez a partir de la aprobación del pliego por parte de la Legislatura, aunque luego se frustre, en lo inmediato, el efectivo acceso al cargo. Participamos, en este sentido, de los fundados desarrollos expuestos por el doctor Luis F. Lozano en los puntos 4 y 5 de su voto, y a ellos nos remitimos en homenaje a la brevedad.

Una vez que la Legislatura aprueba por medio del voto el pliego remitido por el Consejo de la Magistratura, cesa la condición de “candidato a juez” y la designación, así, queda perfeccionada.

Ello no implica, claro está, desconocer las atribuciones que el Estado local posee (por medio de la Legislatura) para diseñar la estructura de su Poder Judicial, de conformidad con lo establecido en el art. 107 de la CCBA. Solamente quiere decir que esa organización que la Constitución pone en cabeza del departamento legislativo debe realizarse de conformidad con el conjunto de reglas constitucionales vigentes en la materia. Como es sabido, “una correcta interpretación de las normas constitucionales debe partir de su análisis como un conjunto armónico, en la que cada una ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de las demás” (*Fallos*, 310:2733).

Sin embargo, la posibilidad de que el magistrado *ejerza la jurisdicción* nace una vez asumido el cargo. El cargo es asumido mediante el juramento. Y con la potestad jurisdiccional nace el derecho a la inamovilidad en el cargo en cabeza de su titular, rasgo característico de la forma republicana de gobierno.

Así lo expresa el texto constitucional: “los jueces (...) *asumirán el cargo jurando* desempeñar sus funciones de conformidad con lo que prescribe la Constitución Nacional, esta Constitución y las leyes nacionales y locales” (sin destacar en la Constitución).

El sentido coloquial de la palabra ratifica esa conclusión, ya que según el Diccionario de la Lengua Española “asumir” en la segunda acepción significa “Hacerse cargo, responsabilizarse de algo, aceptarlo” (Real Academia Española, edición electrónica). También la doctrina constitucionalista ha señalado que el juramento es un requisito constitucional impuesto como acto previo al desempeño de la magistratura, cuyo incumplimiento convierte al magistrado en funcionario *de facto* (EKMEKDJIAN, Miguel Á.: *Tratado de derecho constitucional*, t. V, Depalma, 1999, pp. 275/276).

En suma: la aprobación por silencio del pliego de las actoras (art. 118, CCBA) permite considerar que han sido designadas por la Legislatura, pero ello no conlleva que asumieran sus cargos de juezas de cámara del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires pues no han prestado el juramento que la Constitución establece a ese fin (art. 109, CCBA). Por esa razón, y a diferencia de lo señalado por la alzada, las actoras no están amparadas por la garantía de la inamovilidad en sus cargos establecida en el art. 110, CCBA, cualquiera que sea el alcance que corresponda asignar a esa prerrogativa.

En este punto es útil señalar que el art. 109 de la CCBA no dispensa del juramento a quienes fueran designados por aplicación del silencio reglado en el art. 118 de la CCBA. Esta norma se refiere a *una* de las etapas del procedimiento de selección e incorporación de magistrados, pero no sustituye las siguientes faces del procedimiento.

Lo expuesto no implica desconocer la importancia institucional de las garantías establecidas en el art. 110 de la CCBA y 96 de la C.N., para afianzar el Estado de derecho y el sistema de división de los poderes. En efecto, la Constitución asegura la independencia del Poder Judicial con dos garantías básicas: la inamovilidad de los magistrados y la intangibilidad de sus remuneraciones. En “lo concerniente a la inamovilidad de los jueces”, la Corte Suprema ha dicho que, “es inherente a la naturaleza del Poder Judicial de la Nación y configura uno de los principios estructurales del sistema político establecido por los constituyentes en 1853... y que ha sido calificada por el tribunal, antes que de un privilegio a favor de quienes ejercen la magistratura, como una garantía a favor de la totalidad de los habitantes” (*Fallos*, 322:1616, consid. 14).

Sin embargo, el caso no trata sobre la afectación de estas garantías por la ley 1086, pues, como lo expresamos, sólo a partir del juramento las actoras hubieran tomado posesión de los cargos y hubieran resultado amparadas por esas garantías.

Por lo demás, que el juramento condiciona el ejercicio de la magistratura ha sido también la posición sustentada por la CSJN que considera al juramento como el “requisito que ha de habilitarlo [al juez] para el ejercicio de sus funciones” (voto del juez Repetto, en la acordada del 2/4/1945, referida a la negativa a recibir juramento a los jueces de la Cámara de Apelaciones del Norte, publicada en *Fallos*, 201:239).

Es decir, en tanto las actoras no se encontraban en ejercicio de la magistratura, el Poder Legislativo pudo reformar la disposición transitoria tercera de la ley 7 mediante el dictado de la ley 1086, sin afectar las garantías establecidas en el art. 110 de la Constitución local.

7. La ley 1086, al reducir la integración originaria de la Cámara del fuero, no ha lesionado el derecho adquirido que invocan las actoras en su demanda “a ser declaradas en posesión ficta del cargo”. En verdad el art. 118 de la CCBA, no establece un derecho a la toma de posesión del cargo sino que consagra el derecho a considerar aprobada la propuesta de un candidato por el transcurso del tiempo y el silencio de la Legislatura, como lo hemos señalado en el punto anterior. La aprobación tácita no exime del cumplimiento del requisito de prestar juramento.

Ahora bien, la designación de las actoras fue reconocida por la alzada. Mas la reducción de los cargos a cubrir en la primera integración de la Cámara, efectuada por la ley 1086, no lesionó un derecho adquirido a la posesión del cargo, pues, por no haberse cumplido una de las condiciones necesarias, ese derecho no había nacido aún.

8. Las actoras señalan que su situación recibió un tratamiento diferente al otorgado al fiscal general adjunto, Luis Cevasco, y que ello afecta la garantía de igualdad ante la ley (art. 16, C.N.).

La situación del fiscal Cevasco y las de las actoras no es igual. La diferencia principal radica en que el cargo de fiscal general adjunto se mantuvo disponible para ser ejercido por el Dr. Cevasco hasta que él prestó el juramento correspondiente. En cambio, si bien las actoras obtuvieron su designación a partir del vencimiento del plazo en el que debió expedirse la Legislatura, no resulta posible recibirles el juramento indicado en la Constitución pues el art. 1º de la ley 1086, al sustituir la disposición transitoria 3ª de la ley 7, dejó establecido que, de acuerdo a las necesidades del servicio, la Cámara se constituirá con seis miembros, dividida en dos Salas de tres miembros cada una, en su primera integración.

Así, la decisión legislativa de organizar el tribunal de alzada con seis jueces en un primer momento, permite llegar a la conclusión que la situación de las actoras no es igual a la del Dr. Cevasco.

9. Resta considerar si la ley 1086 debe ser descalificada por afectación del principio de razonabilidad de las leyes. La Procuración General en su recurso explica las razones de oportunidad por las que se ha considerado conveniente restringir a seis el número de camaristas a ser designados en la primera integración.

Las actoras, al contestar el traslado del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA, afirman que “en la sanción de la ley 1086 hubo desviación de poder porque (...) la finalidad de la reducción del fuero tuvo por finalidad privilegiar la voluntad de mantener la existencia de los controladores de faltas” (fs. 660).

La parte no ha demostrado el carácter manifiestamente ilegal o arbitrario, requerido en una acción de amparo, de la decisión legislativa. Aún en el caso de que se admitiese la preferencia legislativa por “mantener la existencia de los controladores de faltas” ello no acredita la desviación de poder invocada. Por lo contrario, surge de los antecedentes que acompañaron el proyecto de ley diversas razones que no aparecen como manifiestamente irrazonables. Así, el mensaje de elevación del jefe de Gobierno (Mensaje 40/02 del 5/4/2002, señala que resulta excesivo el número de juzgados previstos para la primera integración del fuero contravencional atento el reducido número de causas que tramitan y el éxito del sistema administrativo de control de faltas. Sostiene que “la puesta en marcha de una justicia contravencional de las dimensiones propuestas, implicaría un dispendio injustificado de recursos públicos” (fs. 201). Por su parte el informe de la presidenta del Consejo de la Magistratura de fecha 29/4/

2003 da cuenta de las dificultades de infraestructura para el establecimiento de los juzgados propuestos (fs. 199). Asimismo, el despacho de mayoría señala la necesidad de racionalización del gasto para adecuar la actuación del fuero al estado de emergencia económico que atravesaba la Ciudad sin afectar la eficiencia del sistema judicial, la insuficiencia de la capacidad edilicia existente y la implementación de la instancia administrativa previa en materia de faltas (véase debate parlamentario de la ley, fs. 130 y ss.). Por último el miembro informante de la Comisión de Justicia manifiesta la imposibilidad de dotar al fuero de espacio físico suficiente para su funcionamiento, la cantidad de trabajo a realizar por parte de los magistrados, el excesivo gasto que deberían afrontar todos los contribuyentes de la Ciudad, el sobredimensionamiento del fuero. Es claro que la decisión respecto del régimen de enjuiciamiento de las faltas corresponde al ámbito de ponderación discrecional del Poder Legislativo. La alegada inconveniencia e ineficacia de ese sistema, y aún los cuestionamientos referidos al mayor o menor garantismo que el sistema de la ley 591 conlleva para los derechos de las personas imputadas, no son razones que justifiquen el derecho de las actoras a cuestionar la ley 1086.

Tampoco las constancias del proceso demuestran una actitud de discriminación o persecución respecto de las actoras.

No se advierte, entonces, la irrazonabilidad de la ley cuestionada.

10. El caso plantea un conflicto entre los derechos de quienes legítimamente obtuvieron la aprobación de sus pliegos para el cargo de juez de Cámara, y la decisión de la Legislatura de restringir transitoriamente la cantidad de cargos a cubrir por razones de política judicial que no corresponde a este Tribunal enjuiciar.

En ese contexto, la puesta en vigor de esa ley (la n° 1086) podrá, si concurrieran los presupuestos y requisitos, dar lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado local por actividad lícita, pero no autoriza la protección otorgada por la sentencia de la Cámara.

En suma, el efecto que debe atribuirse a la ley citada es el de haber suspendido en el tiempo el derecho de los jueces designados a asumir en el cargo. Al interpretar la norma con el alcance que surge de este voto se torna inaplicable en la especie la limitación temporal que se pretende introducir en el art. 2° *in fine* para ejercer el apuntado derecho.

En consecuencia, las actoras podrán hacer valer los derechos reconocidos en esta sentencia con el alcance que a cada una interesa —v. gr.: confirmando que persiste su aspiración al cargo y/o reclamando resarcimiento económico—, ejerciendo, en cada caso, las pretensiones que con-

sideren adecuadas a sus intereses, por las vías —administrativa y/o judicial— y forma correspondiente.

11. Por lo expuesto en los puntos precedentes proponemos: 1º) hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA; 2º) confirmar la sentencia de Cámara en cuanto tiene por designadas como juezas de cámara a las actoras; 3º) revocar la sentencia de la anterior instancia en cuanto declaró la inconstitucionalidad de los arts. 1º, 2º, 3º y 4º de la ley 1086 y ordenó al Consejo de la Magistratura que disponga lo que corresponda a los efectos de recibir juramento a las actoras, y a asignar y readecuar las partidas presupuestarias necesarias para ponerlas efectivamente en funciones; 4º) imponer las costas a la demandada en todas las instancias, pues, más allá del acogimiento parcial del recurso interpuesto por el Gobierno local, fueron sus actos los que dieron lugar al reclamo de las actoras, y la sentencia reconoce —con el alcance antes fijado— la lesión de sus derechos y la justicia de sus planteos (art. 14, CCBA y art. 62, párr. 2º, CCAyT).

Así lo votamos.

Por ello, oído el fiscal general y como resultado de la votación que antecede,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* parcialmente al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Procuración General.

2º. *Confirmar* la sentencia de Cámara en cuanto tiene por designadas como juezas de primera instancia a las Dras. María Cristina Nazar y Rosa Elsa Parrilli.

3º. *Revocar* la sentencia de la anterior instancia en cuanto declaró la inconstitucionalidad de los arts. 1º, 2º, 3º y 4º de la ley 1086 y ordenó al Consejo de la Magistratura que disponga lo que corresponda a los efectos de recibir juramento a las actoras, y a asignar y readecuar las partidas presupuestarias necesarias para ponerlas efectivamente en funciones;

4º. *Imponer* las costas de todas las instancias a la demandada.

5º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva a la Cámara remitente.

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

LXXXIII

“ALBERGANTI, CHRISTIAN ADRIÁN
S/ART. 68, CÓD CONTRAV. —APELACIÓN— S/RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO”

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Admisibilidad. Caso constitucional. Materia contravencional. Convención Americana de Derechos Humanos. Delito. Contravención. Garantía de la doble instancia. Segunda instancia judicial. Sentencia de condena. Espectáculo deportivo. Suministro de bebidas alcohólicas. Principio de lesividad. Ley penal más benigna. Derecho común

Expte. n° 3910/05 - 5/8/2005

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La defensa de Christian Adrián Alberganti interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 115/135) contra la decisión de fecha 27/12/2004 (fs. 102/110), por la cual la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional revocó la sentencia absolutoria dictada en la instancia anterior y, en consecuencia, condenó al imputado a la pena de dos días de arresto por encontrarlo autor responsable del suministro de bebidas alcohólicas en las adyacencias del Club Atlético Vélez Sarsfield, momentos antes de disputarse un partido de fútbol.

2. El defensor oficial consideró que la sentencia de Cámara afectó: a) el principio de defensa en juicio y del doble conforme; b) el principio de legalidad; y, c) el principio de lesividad. En subsidio, solicitó a este Tribunal la sustitución de la pena impuesta por aplicación del *principio de la ley más benigna*, en tanto, el nuevo Código Contravencional sólo sanciona la conducta aquí analizada con pena de multa (art. 104, Cód. Contrav., ley 1472). Por último, y en caso de imponerse ese tipo de condena solicitó que la misma fuera condicional (art. 46, Cód. Contrav., ley 1472).

3. La Cámara entendió que el recurso de inconstitucionalidad era formalmente procedente en virtud de la afectación del derecho constitucional a la revisión de la primera condena dictada en segunda instancia.

4. El señor fiscal general adjunto coincidió con la solución propuesta por la alzada y solicitó la apertura del recurso al sólo efecto de resguar-

dar el derecho al doble conforme, imponiéndose por tanto, el tratamiento y rechazo de los restantes agravios en esta instancia (fs. 155/157).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad en principio cumple con los requisitos formales básicos de admisibilidad, pues fue interpuesto contra una sentencia de carácter definitivo, por escrito, presentado dentro del plazo legal establecido y ante el tribunal superior de la causa.

2. En cuanto a su contenido material, no logra articular un caso constitucional pues se sustenta exclusivamente en la mera discrepancia con la decisión condenatoria adoptada por la Cámara; se asienta sobre la base de alusiones genéricas vinculadas únicamente con la interpretación y aplicación de las normas sustantivas y adjetivas locales, lo que dista de constituir el desarrollo serio y fundado que un recurso de esta naturaleza requiere. La presentación exhibe un defecto sustancial, pues no vincula directamente sus agravios con algún motivo de impugnación constitucional —en los términos del art. 27 de la ley 402—, esto es, no evidencia palmariamente en el caso, la afectación de un derecho, principio o garantía constitucional [conf. expte. n° 3264/04, sentencia del 23/2/2005, “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)’”]. Al no individualizar las lesiones concretas y su relación con la causa, el recurso nos remite al examen de cuestiones de derecho común, análisis y valoración de los hechos y las pruebas, extremos todo ellos, ajenos al recurso de inconstitucionalidad que intenta [conf. expte. 1976/02, sentencia del 9/4/2003, “Labayru, Julia Elena y otros s/queja por recurso inconstitucionalidad denegado”].

3. La invocada violación a la garantía de la *doble instancia* bajo la forma de *doble conforme* no fue introducida oportunamente. En efecto, la Defensa se pronunció en tal sentido recién al interponer su recurso de inconstitucionalidad y no —como debió hacerlo, conforme lo dispone el art. 51 de la ley 12— al momento de contestar el traslado de la apelación del Fiscal que motivó la primer condena que hoy recurre, es decir, nada dijo al respecto cuando la afectación se presentó como probable, lo cual, convierte a tal manifestación en el resultado de una reflexión tardía (*Fallos*, 298:321; 307:629; 308:51, entre otros). En este sentido, es doctrina de este Tribunal que la cuestión constitucional debe introducirse en tiempo y modo oportuno para que los jueces de mérito puedan considerarla y

resolverla, pues la articulada con posterioridad a la sentencia, no habilita la intervención extraordinaria por medio del recurso de inconstitucionalidad, debiendo considerarse extemporáneo al planteo así intentado [conf. este Tribunal, expte. n° 1286/01, “Consortio 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”, del 20/2/2002; entre otros].

El recurrente no agrega ningún argumento novedoso o distinto con relación a la operatividad de las garantías constitucionales previstas respecto de las faltas y contravenciones que permitan modificar los precedentes en la materia. En este punto, conviene señalar —tal como lo sostuvo al votar en una causa en la que se debatió la vigencia de esta garantía en el ámbito de las normas que regulan la convivencia entre los vecinos—, que “en el orden jurídico de esta Ciudad no existe identidad entre las materias penal y contravencional, y, en el ámbito de ésta última, la cuestión de la vigencia de la garantía de la doble instancia se desenvuelve en un plano infraconstitucional” [conf. mi voto, a cuyos fundamentos me remito en extenso, en expte. n° 1509, sentencia del 23/10/2002, “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional N° 3— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en ‘Ábalos, Oscar Adrián s/art. 71, Cód Contrav. —apelación’”].

4. Si bien la Cámara admitió el recurso en virtud de la plausible afectación de la garantía de la *doble instancia*, descartada la existencia de un caso constitucional a este respecto, es preciso señalar que tampoco los restantes agravios pueden habilitar la vía intentada de manera autónoma.

a) La defensa tachó de arbitraria a la sentencia por resultar violatoria del principio de legalidad, discutiendo acerca de la interpretación extensiva y analógica del tipo contravencional. Aquí, su argumentación no resiste el menor análisis pues no acredita precisa y fundadamente el cerceamiento de los preceptos constitucionales que cita, incurriendo nuevamente en el terreno de la mera discrepancia subjetiva [conf. expte. n° 131/99, sentencia del 23/2/2000, “Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja”].

Respecto del art. 68, Cód. Contrav. (ley 10), la Cámara entendió que esa norma establece con fines preventivo-generales una prohibición clara y concreta dentro de un ámbito espacio-temporal previamente fijado, en el cual, se impide normativamente el consumo de alcohol de los concurrentes a los espectáculos, con inclusión de aquellos sujetos que permanecen en las adyacencias de las áreas fijadas para la evacuación masiva del público (perímetro), en aras de evitarse, potenciales desmanes entre las

diferentes parcialidades deportivas, entre grupos fanáticos de un mismo equipo o conjunto artístico. La interpretación brindada por la alzada a la previsión contravencional no sólo resulta razonable en función de los fines esperados por el legislador local, sino que además, se encuentra lo suficientemente fundada como para resistir la que pretende introducirse a su respecto.

b) El recurrente propició la inexistencia de lesividad de la conducta reprochada a su asistido. Por idénticos argumentos a los expuestos en el apartado anterior, este agravio debe ser rechazado, pues la afectación al bien jurídico pudo ser empíricamente verificada en el caso desde que no se trató de un daño real y concreto al bien jurídico tutelado, sino, que se vinculó con las circunstancias que lo hicieron previsible en virtud de la situación de riesgo potencial —pero cierto en los términos del art. 1º, Cód. Contrav.— que genera el expendio de alcohol a personas cuya posterior conducta no puede perverse. Aquí, la comprobación del grado de lesividad fue competencia privativa del tribunal *a quo* de cuyo razonamiento no se advierte el apartamiento de las constancias del caso. Por lo tanto, un estudio más profundo sobre el tema ineludiblemente nos remite a cuestiones de hecho y prueba ajenas a la competencia limitada de este Tribunal.

Las consideraciones expuestas resultan suficientes para rechazar el recurso también respecto de estos puntos.

5. Por último y con relación a la pregonada aplicación del nuevo Código Contravencional (ley 1472) tanto para la sustitución de la pena como para la modalidad de ésta, este Tribunal tiene dicho que el problema de la interpretación y aplicación del principio de *la ley más benigna* es una cuestión de derecho común y reposa finalmente en el tribunal superior de la causa que, para el caso es la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas, ante quien deberá ser planteada —mediante la articulación del recurso de revisión previsto en el art. 479, inc. 5º del CPPN, o aquél que estime conducente— [conf. expte nº 61/99, sentencia del 18/10/1999, “Transporte 22 de Septiembre S.A.C. s/recurso de queja” y, 292/00, sentencia del 7/06/2000, “Expreso Caraza S.A.C. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado”].

Por los argumentos que dejó expuestos, y oído el fiscal general adjunto, voto por: 1) Declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto a fs. 115/135; 2) Mandar que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva el expediente a la Sala II de la Cámara Contravencional.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Si bien la Cámara, al conceder el recurso, se dedica sobre todo a aceptar el motivo llamado *necesidad de doble conforme* en caso de condena, la lectura del dispositivo y de sus fundamentos permite apreciar que ha concedido el recurso de inconstitucionalidad por todos los agravios y los motivos, esto es, no lo ha concedido parcialmente. Esto explica la ausencia de queja, y también el hecho de referirme a todos los agravios expuestos por el recurrente.

2. Con relación a la posible afectación a la garantía de la *defensa en juicio* y al principio *doble conforme*, el recurso bajo análisis logra articular con éxito un caso constitucional. Tal como lo afirma el tribunal *a quo*, el agravio fue deducido en tiempo oportuno (fs. 146/150), esto es, al momento de interponer el recurso de inconstitucionalidad que ahora se examina. En este sentido expresé, en un reciente pronunciamiento, que “(...) cuando los tribunales de apelación revocan fallos absolutorios o que no hacen lugar a la demanda, dictan ellos la primera resolución adversa para el demandado, esto es, reconocen por primera vez la obligación y condenan por primera vez. Se trata, entonces, de una decisión que, aunque dictada en una segunda instancia, si nos remitimos a la línea de organización jerárquica, es, para el demandado, una *primera* decisión de condena. Resulta excesivo exigirle a él que reitere [en este caso, vislumbre hipotéticamente] todas sus defensas, cuando ha obtenido un fallo favorable en la primera sentencia” (conf. punto 4 de mi voto *in re* “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Farías, María Antonia c/ GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]’”, expte. n° 3565/04, resolución del 26/5/2005). Estas consideraciones bastan para acreditar la pertinencia temporal del planteo defensorista puesto que es claro que, al momento de contestar la vista conferida del recurso de la fiscalía (conf. art. 51, L.P.C.), no correspondía exigirle al ahora recurrente —atento la ausencia de agravio: el imputado fue absuelto en primera instancia— que planteara, de modo puramente conjetural, la hipotética lesión de un derecho cuyo ejercicio carecía de todo asidero fáctico. En síntesis, jerárquicamente se trata de un tribunal de segundo grado, que, sin embargo, dicta una sentencia de primer grado (primera condena).

Asimismo, en su recurso de inconstitucionalidad, el defensor sustentó el derecho de su defendido a recurrir la sentencia de condena dictada en segunda instancia en, *inter alia*, los arts. 10 y 13, inc. 3° de la CCBA, arts. 18 y 75, inc. 22 de la C.N., art. 8°, inc. 2°, h, CADH y art. 14, inc. 5° del PIDCP (fs. 120/124 vta.). La exigibilidad del derecho a la revisión de la condena, ante estos estrados, encuentra su fundamento, liminarmente, en

la mención expresa que sobre el punto realiza el art. 13, inc. 3° de la CCBA. De modo adicional, el derecho a acceder a la mentada *doble instancia* en favor del ahora condenado reside en el carácter represivo del derecho contravencional (véase punto 2 de mi voto en “León, Benito Martín s/recurso de inconstitucionalidad”, expte n° 245/00, resolución del 24/10/2000, en *CyJ, Fallos TSJBA*, II-2000, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 344 y ss.) que torna aplicable, a nuestro juicio contravencional, todas las garantías propias del sistema penal. En este sentido, las normas citadas por el recurrente —que gozan de jerarquía constitucional; conf. arts. 18 y 75, inc. 22 de la C.N., art. 8°, inc. 2°, h), CADH y art. 14, inc. 5° del PIDCP— exigen la revisión amplia de la condena dictada por un tribunal ubicado en el segundo grado de jurisdicción según la organización institucional jerárquica de la justicia local, frente a una condena de primera instancia, a pedido del propio condenado; empero, como sucede en este caso, esa misma regla de garantía supone que, si la condena aparece como resultado del recurso acusatorio contra la absolución del tribunal de primera instancia, ésa, por ser la *primera condena* es recurrible también para el condenado en busca de su revocación o modificación (en este caso, a través de su defensa por vía del único y último recurso aún subsistente según la ley, el recurso de inconstitucionalidad oportunamente interpuesto ante el tribunal de mérito sentenciante). Este razonamiento avala también el hecho de que, con respecto a este agravio, la sentencia de Cámara debe ser considerada *definitiva*, a contrario de aquello que sucederá con los otros agravios que, en realidad subsidiarios de éste, pueden todavía ser eventualmente reparados por el tribunal revisor de mérito al que tiene derecho el recurrente.

No ignoro el hecho de que cierta doctrina, y aún cierta legislación (Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales [1950], Protocolo ampliatorio n° 7 [1984], art. 2°, párr. II), a la que concedo razonabilidad, dejan de lado las contravenciones de orden o las faltas como alcanzadas por el principio (excepción expresa), pero ya he afirmado que: *a)* el Convenio que así lo expresa no es aplicable en nuestro territorio; *b)* que la CCBA, art. 13, inc. 3°, reputa a la doble instancia como principio judicial general y *c)* que resulta innegable el carácter penal que nuestro legislador le ha concedido al derecho contravencional (*pena estatal*), al punto de que, según antes lo dije en este mismo párrafo, torna aplicables los principios del derecho penal general. Por lo demás, cabe dejar de lado cavilaciones atinentes a la posible *insignificancia* de la sanción amenazada por el ordenamiento contravencional cuando, como en el caso, el imputado ha sido condenado a una *pena privativa de la libertad*, esto es, a cumplir dos días de arresto (conf. art. 11, inc. 10, Cód Contrav. entonces vigente).

3. Tras las exposiciones efectuadas en los párrafos precedentes, me detendré, ahora, en la posible solución de este caso. Es cierto que la garantía de la *doble instancia* no requiere de un “doble grado de jurisdicción” —como condición de validez de la organización judicial creada y su ley procesal— sino que, antes bien, reclama que el condenado tenga la posibilidad, regulada por el orden jurídico, de intentar un “nuevo examen de su condena”, en los límites del recurso planteado, ante un tribunal con poder para revocar la sentencia. Como afirmé oportunamente, este nuevo examen puede arrojar como resultado la revocación de la condena y su reemplazo por la absolución, su confirmación, en cuyo caso se ejecutará la pena impuesta, o su reforma por una condena con consecuencia más benigna para el recurrente, en cuyo caso ésta será la pena ejecutable —*reformatio in peius*— (conf. punto 5 de mi voto en “Ministerio Público —Defensoría en lo Contravencional N° 3— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en ‘Ábalos, Oscar Adrián s/art. 71, Cód Contrav. —apelación’”, expte n° 1509/02, sentencia del 23/10/2002, en *CyJ, Fallos TSJBA*, IV-2002, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, pp. 521 y ss.). En este sentido, vale remarcar la notoria carencia de recurso para el condenado en la ley procesal contravencional que no sea aquel que ha interpuesto en este caso particular el defensor recurrente (inconstitucionalidad o casación constitucional). Sin embargo, la operatividad de la garantía de la doble instancia en el ámbito contravencional local exige que un tribunal de mérito entienda o conozca en los límites del recurso planteado. Este tribunal podrá ser, tal como lo propuse en el punto 6 de mi voto *in re* “Masliah Sasson, Claudio s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Masliah Sasson, Claudio s/infracción art. 71, Cód Contrav.’” (expte n° 1541/02, sentencia del 1/11/2002, en *CyJ, Fallos TSJBA*, t. IV, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, pp. 553 y ss.), la Sala de la Cámara Contravencional que no intervino en el pleito, incluso integrada, si fuera necesario, por tres jueces de primera instancia en materia contravencional, pues los jueces que ya decidieron sobre el fondo de la cuestión planteada no pueden intervenir en el control material de su propia sentencia.

4. La garantía del recurso del condenado contra la sentencia de condena, que invoca el recurrente, no es otra cosa que una garantía procesal que, si de ella se ha carecido, cabe restablecer. Así, la solución del caso no es revocar la sentencia ya dictada —por acertada o errónea— sino, tan sólo, restablecer para el condenado la posibilidad de apelar esa sentencia, posibilidad de la que él no ha gozado, conforme a la ley, para hacer valer los agravios contra ella que aquí ha indicado su defensor. Estos agravios, atinentes a la lesión de los principios de *legalidad* y *lesividad*, y el relativo a la aplicación de la *ley penal más benigna*, cualquiera que fuere su

naturaleza, no sólo tienen todavía posibilidad de ser eventualmente reparados ante el tribunal de mérito revisor, si hubieran sido lesionados, sino que, además, según lo decidido anteriormente, no están dirigidos, en verdad, contra una *sentencia definitiva* —para quien sostiene la opinión anterior—, según lo requiere la ley del recurso (L.P.T., 27). No sucede lo mismo con el principio denominado de la *doble instancia*, porque, en el caso, él ya está lesionado por la propia ley común (infraconstitucional), que no ha previsto la hipótesis que se nos presenta a decisión y resulta inconstitucional, como lo sostiene el recurso, por omisión o laguna normativa, para el caso en examen. A tal punto ello es así que, si el recurso actual fuera rechazado totalmente, la sentencia de mérito dictada por la Cámara adquiriría calidad de cosa juzgada. Por supuesto, la sentencia a dictar después del eventual nuevo juicio de mérito podrá ser atacada por el condenado y su defensor si todavía advierten en ella lesiones constitucionales.

5. De acuerdo con la apreciación del tribunal sentenciante “la plataforma fáctica sobre la que se juzgó (...) ha permanecido intacta en esta instancia de acuerdo al principio *tantum apellatum quantum devolutum*” (fs. 108). La concordancia existente sobre el relato de los hechos de la causa efectuado tanto por la sentencia de primera instancia (absolución) como por la resolución de la segunda instancia (condena) permite afirmar la ausencia de todo agravio fáctico en el caso bajo estudio. Lo antedicho impone la revisión, por parte de un tribunal de mérito, de los argumentos puramente jurídicos vertidos en el recurso de inconstitucionalidad (*legalidad y lesividad*), con el objetivo de verificar si existe una *doble conformidad* sobre el punto en cuestión; cuestión que incluye, asimismo, la defensa subsidiaria por la *ley penal más benigna* (ley 1472).

Repito aquí el argumento contrario a la solución propuesta por el señor fiscal general adjunto, en el sentido de usar de la autorización del art. 31, II, de la L.P.T. (local 402), que expresé el punto 5 de mi voto en “Ministerio Público —Defensoría en lo Contravencional y de Faltas N° 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Sama, Javier Fernando s/infracción art. 56, Cód Contrav. —apelación’”, expte. n° 3892/05, causa que tramita coetáneamente con ésta.

6. En consecuencia, propongo: *a)* declarar procedente el recurso intentado en torno al agravio atinente a la garantía de la *doble instancia*; y *b)* sólo a los efectos estipulados en el punto 5 de este voto, reenviar la causa a la Cámara actuante.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Coincido con la decisión de la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, pues, en mi concepto, corresponde declarar mal con-

cedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa del señor Christian Adrián Alberganti.

2. El recurso de inconstitucionalidad no logra plantear un caso constitucional en los términos del art. 27 de la Ley de Procedimientos ante este Tribunal en tanto se sustenta, exclusivamente, en la mera discrepancia de la recurrente con la decisión del tribunal *a quo*.

La presentación efectuada por el defensor oficial —que se asienta sobre la presunta afectación de los principios de legalidad y lesividad—, padece de un defecto sustancial: no logra conectar argumentalmente sus quejas con un motivo de impugnación de carácter constitucional, esto es, con la aplicación de normas que lesionen garantías constitucionales referidas directamente al caso (conf. este Tribunal *in re* “Góngora Martínez, Omar Jorge s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Góngora Martínez, Omar Jorge c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo [art. 14, CCBA]’”, expte. n° 3264/04, resolución del 23/5/2003). Así, no ha logrado exponer fundadamente un caso constitucional, más allá de efectuar alusiones genéricas a derechos y principios constitucionales, lo que dista de constituir el desarrollo consistente y fundado que un recurso de esta naturaleza requiere.

3. Los argumentos del recurso se encuentran orientados a cuestionar el alcance atribuido por la Cámara al art. 68 del Cód. Contrav. y, en definitiva, pretenden que este estrado revise una cuestión de aplicación e interpretación de reglas infraconstitucionales, materia no comprendida por el recurso interpuesto ni constitutiva de la competencia del Tribunal, mientras su validez no sea cuestionada por razones constitucionales. El recurso de inconstitucionalidad no erige al tribunal en una tercera instancia sobre hechos ni sobre derecho común.

Lo cierto es que la Cámara, para revocar la sentencia absolutoria de primera instancia, sin variar la valoración de la plataforma fáctica original, se limitó a establecer el sentido y alcance del art. 68, Cód. Contrav., entendiendo que la conducta desplegada por Alberganti encuadraba en el tipo contravencional citado. Y más allá del acierto o desacierto de estas consideraciones en que la Cámara sustentó su decisión, la eventual discrepancia de criterio no constituye el objeto del recurso de inconstitucionalidad.

4. En cuanto a la presunta violación de la garantía de la doble instancia bajo la forma del doble conforme, debo advertir que el agravio no ha sido interpuesto oportunamente, tal como lo sostiene la doctora Ana María Conde en el punto 3 de su voto, a cuyos términos me remito en homenaje a la brevedad.

Por lo demás, en este caso concreto, la revocación de la sentencia de primera instancia por parte de la Cámara se sustenta en la interpretación de las disposiciones contenidas en el art. 68 del Cód. Contrav. —como se dijo, la plataforma fáctica tenida en cuenta para emitir el pronunciamiento de condena no ha variado—. La recurrente objeta esa hermenéutica, pues considera que violenta los principios de legalidad y lesividad. Ocurre que, tal como lo sostiene la doctora Ana María Conde en su voto, más allá del acierto o error del pronunciamiento atacado en punto al alcance que corresponde otorgar a los términos del art. 68, Cód. Contrav., en el recurso no se ha conectado el agravio con un motivo de impugnación de carácter constitucional. Así, no se ha acreditado que las herramientas recursivas que el justiciable tuvo a su alcance —según el diseño de la L.P.C.— hayan resultado, en el caso, inapropiadas para dirimir la cuestión que lo agravia (conf. mi voto *in re*: “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional N° 3— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Abalos, Oscar Adrián s/art. 71, Cód. Contrav. —apelación’”, expte. n° 1509, sentencia del 23/10/2002 y el dictamen del señor fiscal general, doctor José Luis Mandalunis, emitido en dicha causa con fecha 20/6/2002, al que me remití en lo pertinente).

A mayor abundamiento, la alusión genérica a la garantía de la doble instancia reconocida en la Constitución local (art. 13.3), en mi concepto, no puede interpretarse como una argumentación suficiente para demostrar que la misma comprende la exigencia de la observancia del “doble conforme” en los procesos contravencionales que tramitan ante la jurisdicción local y que, entonces, su desconocimiento provoca un menoscabo actual y concreto a la defensa en juicio. Por su parte, el art. 50 de la L.P.C. dispone que la sentencia de primera instancia “es apelable dentro de los cinco días de la notificación, mediante escrito fundado. Las actuaciones se elevan de inmediato a la Cámara”. Si la ley no distingue, la apelación puede ser interpuesta por el contraventor ante una sentencia desfavorable (de condena) y por el Ministerio Público Fiscal ante una sentencia absolutoria. Cuando el legislador quiso limitar o restringir las posibilidades recursivas del Ministerio Público Fiscal, lo hizo expresamente (conf. art. 53, L.P.C. que sólo permite al contraventor interponer el recurso de inconstitucionalidad ante este estrado). Y como es sabido, no es dable suponer la inconsecuencia del legislador. Por lo tanto, en el curso de las instancias ordinarias la apelación es un derecho procesal de las dos partes protagonistas de la causa.

Por las consideraciones expuestas, y habiendo dictaminado el señor fiscal general adjunto, corresponde declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto a fs. 115/135.

Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Corresponde dilucidar, en primer término, si los agravios que la defensa infiere contra la sentencia del *a quo* —punibilidad de la venta de bebidas alcohólicas a “personas a quienes [el imputado] conocía por su condición de clientes” y que presumía “no iban a concurrir al espectáculo deportivo que se estaba realizando porque no eran simpatizantes de los equipos deportivos que protagonizaban el encuentro” (fs. 129 vta.)— pueden ser tratados en el marco de un recurso ante esta instancia, o si, por el contrario, examinarlos excede la competencia de este Tribunal, en cuyo caso cobraría relevancia analizar si el derecho a recurrir ante un “juez o tribunal superior”, que la apelante funda en el art. 8.2.h. de la CADH, art. 14, inc. 5° del PIDCP, el art. 13, inc. 3°, CCBA, y art. 3° del Cód. Contrav., impone abrir una vía procesal susceptible de tratar aquellas cuestiones a cuyo respecto ésta es insuficiente. Examinado el memorial de la defensa se advierte que invoca un caso constitucional alegando la violación de los principios de lesividad y legalidad (arts. 19, C.N.; 13.9, CCBA, y 1°, Cód. Contrav.), pero no limita a ello sus agravios, ni tampoco a la interpretación de la ley aplicable (art. 68, Cód. Contrav.), sino que todo su planteo está erigido sobre una afirmación de hechos relativa a los atributos de aquellos a quienes suministró las bebidas y a sus conductas posteriores, reales o posibles, en particular al eventual destino que podrían haberle dado a esos artículos dichos adquirentes, base para establecer, a su vez, si la conducta del imputado generó en el caso concreto el peligro cierto que requiere el art. 1° del Cód. Contrav. Ésta es cuestión de hecho cuya elucidación no puede decirse que venga definitivamente dada por los jueces de grado, puesto que, aunque admitida en primera instancia, se convirtió en irrelevante para la solución adoptada por la Cámara, y cuyo contenido excede la competencia que a este Tribunal le ha sido conferida por el art. 113 de la CCBA en la reglamentación sancionada por ley 402.

2. Establecido que el recurso de inconstitucionalidad, en el marco que le dan la Constitución de la CABA y la reglamentación provista por la ley 402, es insuficiente para tratar los agravios presentados contra el contenido de la sentencia impugnada, cobra concreción el relativo a la frustración del derecho a recurrir esa sentencia condenatoria, que viene apoyado en el art. 8.2.h. de la CADH, el art. 13, inc. 3°, CCBA, y art. 3° del Cód. Contrav. Ello así, puesto que no es dudoso que las planteadas son, habida cuenta de su impacto en la solución final de la causa, cuestiones relevantes, a la luz de la doctrina sentada en el precedente “Herrera Ulloa” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

3. El art. 8.2.h de la CADH reza así: “Toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”. La CSJN, por remisión al dictamen del procurador fiscal de la Nación, aunque en una integración que no subsiste, resolvió que dicha disposición no resulta aplicable a las contravenciones y a las faltas, habida cuenta de que el artículo citado se refiere tan sólo a los “delitos” (*Fallos*, 323:1797). Este alcance de la Convención encuentra apoyo en una categorización de las conductas punibles que viene siendo empleada en el derecho interno de la generalidad de los países que ratificaron la CADH desde antes de su firma. Ello lleva, por aplicación del art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, que indica que “[...]un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”, a otorgar al término “delito” un alcance acorde con ese generalizado empleo. Ello así, porque era y es el sentido corriente de las palabras y, asimismo, porque distinguir entre conductas según su gravedad es un temperamento acorde con el objeto y fin de la garantía que nos ocupa.

Haciendo un repaso breve de la situación actual, por ejemplo, el Código Penal de Guatemala distingue entre delitos y faltas, reglando estas últimas en el Libro Tercero (arts. 480 a 498) y sancionándolas con penas privativas de la libertad; del mismo modo Uruguay (arts. 360 a 366, Libro Tercero, Código Penal), Venezuela (arts. 485 a 547, Libro Tercero, Código Penal) y Nicaragua (arts. 553 a 564, Libro Tercero, Código Penal). Con las mismas características el Código Penal de Ecuador distingue entre contravenciones y delitos (arts. 603 a 605, Libro Tercero). Chile, si bien no prevé penas privativas de la libertad para las faltas, también realiza esta distinción (arts. 494 a 501, Libro Tercero, Código Penal).

No es dudoso que la distinción trasciende nuestras fronteras, era conocida por los redactores de la CADH, quienes, no obstante, optaron por referirse a “toda persona inculpada de delito”, y no a un universo de supuestos que comprendiera genéricamente a todas las categorías de conductas punibles (delito, contravención y falta), eligiendo a ese fin una categoría omnicomprensiva, o a un universo de conductas cuya comisión conllevara sanciones de índole penal, retributivas o privativas de libertad, ya fuese que el legislador las hubiera considerado delitos, contravenciones o faltas.

Tampoco cabe identificar los delitos como conductas sancionadas con prisión o, dicho de modo más genérico, como el universo de supuestos castigados con las penas privativas de la libertad. En efecto, son varios los estados que ratificaron la CADH [Nota: <http://www.cidh.org>, 26/7/2005] que tienen previstos en sus ordenamientos tipos contravencionales o de faltas cuya infracción genera la aplicación de verdaderas sanciones retributivas y limitativas de la libertad ambulatoria de los individuos, al igual que nuestro Código Contravencional. A modo de ejemplos, cabe mencionar los ordenamientos de países como Uruguay, Ecuador (dispone pena de arresto de 7 días en algunos casos), Guatemala (60 días), Nicaragua (3 meses), y Venezuela (30 días).

Este contexto muestra que, aun cuando la distinción entre contravención, falta y delito no responda a criterios universalmente aceptados, ni reciba un tratamiento idéntico en todas las legislaciones nacionales de los países que han ratificado la CADH, no es dudoso que esa distinción está generalizada y que la voz “delito”:

- a) no agota el universo de conductas a cuya comisión la ley enlaza una sanción penal, y ni siquiera comprende la totalidad de las conductas alcanzadas por penas privativas de la libertad, mas,
- b) apunta a un ámbito de ilicitud de mayor entidad que el de las contravenciones o las faltas, a las cuales, universalmente, se identifica como conductas reprochables de menor gravedad.

En el caso de nuestro país, la distinción ha quedado directamente ligada al sistema federal. El Congreso ha escogido denominar delitos a las conductas definidas en el Código Penal que sanciona en ejercicio de la potestad que le atribuye el art. 75, inc. 12 de la C.N., no obstante que ese artículo le da posibilidad de distinguir categorías. Las contravenciones han pasado, en ese marco, a ser descripciones de conductas antijurídicas que cada una de las entidades federadas, y eventualmente la Nación, identifican como dañosas de bienes jurídicos cuya tutela les cabe hacer separadamente.

Finalmente, razones prácticas explican que una garantía que impone dar mayor extensión y complejidad al proceso previsto por el art. 8° de la misma convención para una categoría mucho más amplia de supuestos quede reservada para aquellos casos que más lo justifican por la gravedad de su repercusión sobre el enjuiciado.

Lo dicho lleva a descartar una interpretación de la Convención que torne aplicable la garantía de la doble instancia a las faltas y contravenciones.

4. Descartado que la Convención imponga obligación de esta especie para el juzgamiento de las contravenciones previstas en la ley 10, si-

milares consideraciones resultan de aplicación al PIDCP, cuyo art. 14, además, somete el derecho al recurso “conforme a lo prescripto por la ley”, fórmula que parece otorgar una protección más débil.

Empero, ello no implica que la garantía no exista con apoyo en el derecho interno. El art. 13, inc. 3° de la CCBA dispone que “[l]a Ciudad garantiza la libertad de sus habitantes como parte de la inviolable dignidad de las personas. Los funcionarios se atienden estrictamente a las siguientes reglas: [...] 3.— Rigen los principios de legalidad, determinación, inviolabilidad de la defensa en juicio, juez designado por la ley antes del hecho de la causa, proporcionalidad, sistema acusatorio, doble instancia, inmediatez, publicidad e imparcialidad. Son nulos los actos que vulneren garantías procesales y todas las pruebas que se hubieren obtenido como resultado de los mismos”.

Ciertamente, ese artículo no establece en qué consiste la “doble instancia” sino que la identifica por su nombre, lo que supone remitir a la Convención. Ello haría suponer que resultaría aplicable solamente al juzgamiento de delitos —ámbito contemplado en la Convención— para la época en que, cumpliendo con la manda del art. 129 de la C.N., las competencias respectivas queden a cargo de las autoridades locales. Sin embargo, la cláusula transitoria duodécima, punto 5, *in fine*, dispone que “[l]a primera legislatura de la Ciudad, dentro de los tres meses de constituida, sancionará un Código Contravencional que contenga las disposiciones de fondo en la materia y las procesales de ésta y de faltas, con estricta observancia de los principios consagrados en la Constitución Nacional, los instrumentos mencionados en el inc. 22 del art. 75 de la misma y en el presente texto. Sancionado dicho Código o vencido el plazo fijado, que es improrrogable, todas las normas contravencionales quedarán derogadas”.

Vale destacar en el texto transcrito que *a)* el código específicamente contravencional debe prever garantías *procesales*, *b)* que dichas garantías deben comprender las aseguradas por la C.N. y la CCBA así como las de los “instrumentos mencionados en el inc. 22 del art. 75”. Por cierto, la mención de estos instrumentos trasunta una voluntad de poner énfasis en las garantías contempladas en los tratados, de los cuales la CADH es el que contiene las más características. Ello así, puesto que la sola mención de la C.N., y aún su solo art. 5° en ausencia de menciones, bastaría para imponer su cumplimiento si el constituyente de nuestra Ciudad hubiera revelado menor compromiso con estas seguridades de respeto por la dignidad humana. Más aún, no parece dudoso que la generalidad de las garantías contempladas en los tratados fueron desde antiguo reconocidas por la Constitución Nacional, con excepción de la garantía procesal que nos ocupa. Esta es propia de la Convención, y en verdad vino a oponerse, en el

campo de los delitos, a la inexistencia genérica del derecho a la doble instancia entre los reconocidos por la Constitución (*Fallos*, 310:1224; 318:1711 y 320:2145).

No hay duda de que si alguna razón puede justificar las menciones de la cláusula transitoria duodécima, que vengo de destacar, ella es la voluntad de rodear al supuesto contraventor de las garantías propias de un proceso en el que se dilucida si una persona ha cometido un delito. Aún así, a la luz de dicha cláusula no es ineludible la aplicación de la garantía de la doble instancia en el proceso contravencional, en tanto cabe leerla como dirigida a aplicar aquellas garantías a las que remite según el alcance que cada una de ellas tiene, es decir, que en el caso de la de la doble instancia podría suponerse limitada al juzgamiento de delitos o, lo que es lo mismo, no incluida entre las que tutelan al contraventor.

Empero, el legislador adoptó, en el art. 3° de la ley 10, una interpretación de la CCBA comprensiva de “*todos* los principios, derechos y garantías consagrados en la Constitución de la Nación, en la CCBA, en los tratados de derechos humanos que forman parte de la Constitución Nacional en virtud de lo establecido por ella en su art. 75, inc. 22, y en los demás tratados ratificados por la Nación”, circunstancia que torna inequívoca la aplicación de la doble instancia al proceso contravencional, toda vez que, una vez indicado que todos los principios, derechos y garantías son aplicables en él, no hay razón con base en el texto de la Convención que justifique apartarla, pues la voluntad del legislador local prevalece en la medida en que asegura una mayor extensión de aquello que se busca resguardar.

En tanto esta solución se apoya en una decisión legislativa, podría inquirirse si dicha voluntad quedó enervada por otra posterior del mismo órgano. Concretamente, la ley 12 instituye un proceso que asegura que toda sentencia condenatoria es recurrible, pero no que la apelación sea lo suficientemente amplia, en cuanto a las conclusiones de hecho y de derecho que fundan la condena, como para satisfacer la garantía en el desarrollo que ella ha merecido, en materia de juzgamiento de delitos, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pero, ello no significa que haya querido dejar sin efecto lo que la ley 10 instituyó, por cierto, apenas tres días antes. Por el contrario, la circunstancia de que no dotó al ministerio público fiscal de la facultad de apelar la sentencia de cámara, aunque sí la de primera instancia, muestra que contempló al recurso de inconstitucionalidad como el resorte por cuyo medio quedaría preservada la garantía, toda vez que no puede verse en ese recorte de las potestades del fiscal la voluntad de evitar que el Tribunal Superior contribuyese a emitir interpretaciones acerca de la Constitución Nacional o de la CCBA, sino que la

solución se acomoda a lo que fue la interpretación que la CSJN hizo de la garantía, por lo menos, hasta la causa “Giroidi” del 7/4/1995. A su vez, en la causa “Giroidi” no adoptó una interpretación de la garantía que contemplase una apelación de alcance amplio como la que aquí persigue el recurrente sino que se limitó a establecer que una vez creada la Cámara Nacional de Casación Penal era ese tribunal y no la Corte o, visto desde otra mira, el recurso de casación y no el de la ley 4055 el que surtía como herramienta para tutelar la garantía, sobre todo luego de la reforma del art. 280, CPCCN, circunstancia en base a la que la Corte justificó apartarse del criterio sentado en el precedente “Jáuregui” (*Fallos*, 311:274), en el que sostuvo que el recurso extraordinario era idóneo para dar cumplimiento al derecho al recurso.

Con posterioridad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sentó el criterio con arreglo al cual sólo un recurso accesible que permita “un examen integral de la decisión recurrida”, sin que dicha revisión pueda limitarse a aspectos formales y legales, cumple con lo previsto por el art. 8.2.h. de la CADH (*in re* “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, sentencia del 2/7/2004).

Ciertamente, las conclusiones sentadas al comenzar este examen permitirían afirmar que, sin incumplir con la Convención pudo la Ciudad brindar un alcance menor a la garantía, o más exactamente que, tal cual la contempló el legislador local, la garantía tiene el alcance que permite la ley 12. Empero, más de una razón aconseja desechar este criterio. Debe ser descartada, en primer término, la tentación de acudir a la regla según la cual la ley posterior deroga a la anterior, toda vez que dicha regla se funda en la circunstancia de que el legislador no puede quedar limitado por lo dispuesto con carácter general por quienes lo precedieron, por lo que, para dar la más plena virtualidad a la ley posterior, se debe estimar removido todo aquello de la anterior que se le opondría. Pero, esto supone investigar la voluntad del legislador que emite la ley posterior. El intérprete debe asegurarse de que la voluntad más reciente se oponía a la más antigua. De lo contrario, no sería el legislador, sino el intérprete, quien habría dejado ésta sin efecto. En el caso que nos ocupa, nada indica que al emitir la ley 12, la Legislatura quiso recortar las garantías contempladas en la ley 10. Por el contrario, todo sugiere que quiso mantenerlas, toda vez que no confirió al fiscal la posibilidad de recurrir ante este Tribunal vía recurso de inconstitucionalidad. De modo que una primera sentencia condenatoria en segunda instancia podría ser siempre recurrida por el condenado, y se vedaba la posibilidad de obtener una primera condena ante este Tribunal, quitando la posibilidad de recurso al acusador. Ese sistema recursivo, cuando fue previsto (9/3/1998), era compatible con el derecho

al recurso a la luz de la jurisprudencia de la CSJN, toda vez que en “Girolodi”, la CSJN justificó su apartamiento del precedente “Jáuregui” en base a la sanción del art. 280 del CPCCN en el año 1990. Así, toda vez que en el orden local no existe una disposición análoga al art. 280 del CPCCN, el recurso de inconstitucionalidad pudo razonablemente ser considerado por el legislador como suficiente remedio a los fines de la garantía, a la luz del panorama jurisprudencial imperante al tiempo de sanción de la ley comentada. A su vez, tampoco hay razones para creer que el legislador quiso garantizar la doble instancia con un alcance menor que el que le diere el desarrollo de su aplicación por los órganos del sistema interamericano, toda vez que para la fecha de sanción del código procesal contravencional no se registraba la jurisprudencia de la CIDH que estableció los alcances del derecho al recurso, tal como lo hizo en el precedente “Herrera Ulloa” mencionado más arriba, emitido, según dije antes, el 2 de julio de 2004. A la luz de estas circunstancias, se justifica buscar los mecanismos para que la doble instancia tenga el alcance que la CIDH requiere a partir del precedente “Herrera Ulloa” en el ámbito de la Ciudad, colocando las disposiciones de la ley 12 en el lugar que el legislador quiso darles: conjunto de reglas para instrumentar un bloque de garantías entre las cuales están tanto el derecho de defensa como la de la doble instancia.

Para finalizar este aspecto de la cuestión, cabe tener en cuenta que, aunque no directamente aplicables al juzgamiento de las contravenciones, las leyes 1287, del 25/3/2004, y 1.330, del 13 de mayo del mismo año, suponen también un criterio de cumplimiento con la garantía de la doble instancia, esta vez en una situación, la de los delitos cuyo juzgamiento por la justicia de la CABA prevé la ley local 597 y la ley nacional 25.752, a la cual son estrictamente aplicables las cláusulas contenidas en la CADH y el PIDCP a las que me referí más arriba. En lo que aquí interesa, refuerzan el criterio sentado anteriormente, puesto que, ambas de fecha anterior al precedente Herrera Ulloa mantienen un mecanismo similar al de la ley 12 en materia contravencional, es decir, que puede inferirse de ellas que el legislador quiso dar en el proceso contravencional una extensión de la garantía de la doble instancia no menor que en materia de juzgamiento de delitos.

5. Ello sentado, queda por establecer cuál es el mecanismo procesal más próximo al previsto por el legislador para satisfacer la garantía procesal de la doble instancia con el alcance que, según lo antedicho, quiso darle el mismo legislador. A este fin, estimo que constituye el medio más adecuado aquel que señala el juez Maier en su voto, a saber, encomendar

a la Sala de la Cámara Contravencional que no intervino en el pleito que trate el recurso de la defensa.

No es difícil prever la objeción según la cual esta interpretación supone incoherencia en el legislador, hipótesis que, como principio, debe desechar el intérprete, y dar, como contrapartida, el más pleno efecto a sus intenciones. Empero, la situación no permite rescatar la voluntad de preservar la garantía y al mismo tiempo la observancia estricta de las formas procesales pautadas en la ley 12. Mantener estas formas en todo detalle supone dar un alcance menor a la garantía, lo cual importa afirmar que el legislador no quiso acogerla en toda la dimensión que podían darle los órganos de la CADH en la previsible evolución de su doctrina, sino en una menor, a saber, la que supuso suficiente la Legislatura que sancionó la ley 12. Esta no es, en mi opinión, una interpretación leal hacia un legislador que tres días antes asumió que la doble instancia regía como garantía suprallegal para el juzgamiento de las contravenciones. De la relación entre una y otra ley cabe inferir que el legislador consideró o habría considerado preferible resolver una eventual colisión en favor de la garantía, y no en el del mantenimiento de una forma procesal que previó como instrumento para desarrollar el proceso observando las garantías procesales y de fondo que enuncia el art. 1º de la ley 10.

Esta preservación de la garantía solamente puede desembocar en la flexibilización de alguna norma procesal. Por una parte, la satisfaría una ampliación del espectro de cuestiones que pueden ser resueltas por el TSJ. Esta solución tiene como ventaja la de reducir la extensión máxima del proceso, lo cual supone beneficios para ambas partes. Pero, extender la competencia del tribunal hasta abarcar cuestiones que no podría abordar supone desnaturalizarlo. Remitir a la siguiente Sala el examen de los agravios de la defensa supone sí hacer que una de ellas revise lo que la otra dispuso, imponiendo una jerarquía, para la causa, no prevista en la ley de organización de la justicia. Empero, esta supraordinación de un pronunciamiento de una Sala al de la otra no implica alterar su posición como órganos permanentes del Poder Judicial. A su vez, el contenido de la revisión que debe efectuar la siguiente Sala en el pleito no difiere del que debe hacer habitualmente en ejercicio de las competencias ordinarias que le asigna la ley. Por estas razones, estimo preferible, como adelanté, la remisión a la Sala de la Cámara Contravencional que no intervino en el pleito, tal como postula el Presidente del Tribunal.

6. Por lo expuesto, voto por declarar procedente el recurso de inconstitucionalidad en cuanto a la violación de la garantía de la doble instancia, y remitir el expediente a la Sala de la Cámara que no intervino en el pleito para que se pronuncie conforme a lo estipulado.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa de Alberganti fue correctamente concedido por la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas.

En los fundamentos de la resolución de fs. 146/150, los jueces Fernando Bosch y Pablo A. Bacigalupo señalan que “[e]l recurrente, sin perjuicio de sostener que la materia relativa a la inteligencia art. 68, Cód. Contrav. conforma un verdadero caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley 402, en el primer punto *lo que propugna, en verdad, es precisamente la laxitud del radio del recurso para obtener la revisión de la condena* y sobre tal argumento fundamenta la razón por la que debe ser concedido.

En consecuencia, la solución alternativa que proponemos de acuerdo a esta lectura de su escrito, *es que la queja relacionada con el contenido y alcances que este Tribunal ha sentado en relación al art. 68 de la ley 10 no debe ser enfocada a través de la lente estricta del art. 27 de la ley 402 sino como el objeto del ejercicio de un derecho constitucional del que está investido el justiciable*: la proposición, a un órgano revisor, de una inteligencia distinta de una norma a aquélla en la que fundó su condena y, por ende, la pretensión de que ésta sea revocada” (fs. 149 vta., el resaltado es mío).

Y más adelante agregan que la propuesta que formulan procura salvar una deficiencia del sistema contravencional mediante la “aplicación directa de la Constitución”, ya que “ante cláusulas *self-executing*, corresponde conceder el remedio interpuesto más allá de la ordinarización que en los supuestos como el sub lite, corresponde realizar” (fs. 150).

El señor fiscal general adjunto a fs. 155 vta./156 dice que el sistema contravencional de la Ciudad tiene “naturaleza penal”, y que ello debe ser tenido en cuenta al tiempo de “resolver los alcances del sistema legal aplicable... con ello sentado corresponde destacar que claramente establece nuestra Constitución local, en su art. 13, inc. 3º, el derecho a la doble instancia y la garantía del doble conforme sobre la sentencia condenatoria surge también con nitidez del Pacto internacional de los Derechos Civiles y Políticos (art. 14, inc. 5º) y de la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8º, inc. 2º, punto h) que, con el especial alcance indicado, integran el derecho de la Ciudad”. Y concluye: “Entiendo que para dar cumplimiento al mandato constitucional corresponde que V.E. se aboque plenamente al tratamiento de los agravios invocados por la defensa, sin las restricciones propias de un recurso de excepción”.

La ley 12 faculta al Ministerio Público a recurrir por vía de apelación la decisión absolutoria del juez de primera instancia, con lo cual ha-

bilita la posibilidad de una primera sentencia de condena en Cámara. En esta situación el condenado está privado de recurrir ante un tribunal de mérito, porque el sistema procesal contravencional (ley 12) no prevé un recurso ordinario o amplio ante otro órgano judicial para impugnar la sentencia de segunda instancia. En consecuencia, el recurso de inconstitucional ante el Tribunal Superior de Justicia (art. 53, ley 12 y art. 27, 402) es el único camino para la defensa.

Como se ve, la estructura diseñada por la ley procesal contravencional, genera, en un caso como el de autos, la afectación a la *garantía de la defensa en juicio* y del *principio del doble conforme*. Y sólo por este agravio es parcialmente admisible el recurso de inconstitucionalidad.

2. El tratamiento del recurso, por las circunstancias de la causa que motivaron su interposición, debe quedar limitado al agravio indicado en el párrafo anterior, porque únicamente en relación con la *garantía de la defensa en juicio* y del *principio del doble conforme* la sentencia recurrida debe tenerse por definitiva.

El carácter represivo del derecho contravencional y la disposición contenida en el art. 13 inc. 3 de la CCBA determinan el derecho del condenado a exigir una revisión amplia de la sentencia de Cámara. En forma adecuada la defensa apoya su argumentación en los arts. 10 y 13, inc. 3º de la CCBA, arts. 18 y 75, inc. 22, de la C.N.; art. 8º, inc. 2º, h), CADH; y art. 14, inc. 5º del PIDCP. Y, en el mismo sentido, he de mencionar los consids. 157/168 del fallo de la Corte Interamericana en el caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”.

3. Las consideraciones precedentes me llevan a compartir los fundamentos y la solución que propone mi colega el juez Maier en los aparts. 3, 4, 5 y 6 de su voto.

Por ello, oído el señor fiscal general adjunto, por mayoría

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Declarar* parcialmente procedente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto a fs. 115/135 con respecto a la lesión a la *garantía de la doble instancia*.

2º. *Ordenar* la remisión del expediente a la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional para que jueces diferentes a los que emitieron la sentencia resuelvan como tribunal de mérito (apelación) los agravios del recurrente que no fueron tratados por el Tribunal.

3°. *Mandar* se registre y notifique.

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

LXXXIV

“MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA EN LO
CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS N° 2— S/QUEJA
POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO,
EN: ‘SAMA, JAVIER FERNANDO S/INF. ART. 56,
CÓD CONTRAV. —APELACIÓN”

**RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad. Caso constitucional.
Invocación genérica de garantías constitucionales.
Materia contravencional. Delito. Contravención. Garantía
de la doble instancia. Segunda instancia judicial. Sentencia
de condena. Derecho de defensa en juicio. Espectáculo deportivo.
Prohibición de concurrencia. Principio de legalidad. Principio de lesividad**

Expte. n° 3892/05 - 5/8/2005

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

I. La defensa de Javier Fernando Sama interpuso recurso de queja contra la decisión por la que la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad que planteó contra la sentencia que, ante un recurso fiscal, dispuso revocar la absolución dictada por el juez de primera instancia y condenar al señor Sama a la pena de tres meses de prohibición de concurrencia (art. 17, Cód Contrav.) a espectáculos futbolísticos organizados por la Asociación de Fútbol Argentino (véase fs. 17/20), ello por ser autor de la contravención prevista en el art. 56 del Cód Contrav., al haber ingresado el día 6/4/2004 a un lugar distinto del autorizado —se sentó en la pared perimetral de la tribuna popular del estadio del Club Atlético Vélez Sarsfield, cuando debía hacerlo sobre las gradas de ese sector.

2. La defensa fundó ambos recursos en los siguientes planteos:

- a) violación al principio de legalidad, por aplicación analógica de la ley represiva;
- b) violación de los principios constitucionales de legalidad y reserva de la ley penal (art. 18 y 19, C.N.), por inobservancia del criterio de lesividad de la conducta; y,
- c) violación del principio constitucional de la doble instancia.

3. El señor fiscal general adjunto solicitó al Tribunal que rechace el recurso de queja respecto de los dos primeros planteos y lo admita por el último, pues entiende que debe garantizarse al Sr. Sama el derecho constitucional de la doble instancia, aunque —por entender que no se han rebatido los argumentos de la fiscalía y del vocal preopinante—, solicita el rechazo del recurso de inconstitucionalidad y la confirmación de la sentencia de fs. 76/79 de los autos principales.

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso de queja ha sido interpuesto por escrito fundado, dentro del término de ley (art. 33, ley 402). Sin embargo, no puede prosperar.

2. El recurso de inconstitucionalidad que defiende la queja no logra plantear un caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley de procedimientos ante este Tribunal en tanto se sustenta, exclusivamente, en la mera discrepancia de la recurrente con la decisión del tribunal *a quo*.

La presentación efectuada por el defensor oficial —que se asienta sobre la presunta afectación de los principios constitucionales de legalidad por aplicación analógica de la ley represiva, de reserva por inobservancia del criterio de lesividad de la conducta y de violación de la doble instancia—, padece de un defecto sustancial: no logra conectar argumentalmente sus quejas con un motivo de impugnación de carácter constitucional, esto es, con la aplicación de normas que lesionen garantías constitucionales referidas directamente al caso (conf. este Tribunal *in re* “Góngora Martínez, Omar Jorge s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Góngora Martínez, Omar Jorge c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo [art. 14, CCBA]’”, expte. n° 3264/04, resolución del 23/2/2005). Es decir, que no ha logrado exponer fundadamente un caso constitucional, más allá de efectuar alusiones genéricas a derechos y principios constitucionales, lo que dista de constituir el desarrollo serio y fundado que un recurso de esta naturaleza requiere.

La parte recurrente tiene la carga de fundar el recurso y sostener la queja, brindando una argumentación plausible que logre vincular aquellas cuestiones con la infracción a las normas y principios constitucionales que alega, extremos que no se verifican en la presente causa. No obstante, su fundamentación se sostiene únicamente en la diferencia de criterio e interpretación de las normas aplicables que efectuaran los jueces de la Cámara al fallar en la causa.

3. Por otra parte, el recurso de inconstitucionalidad fue correctamente denegado por el tribunal *a quo*, pues los argumentos tenidos en consideración para fundar la sentencia, especialmente el alcance atribuido al art. 56 del Cód. Contrav. y al art. 51 de la ley 12, constituyen aplicación e interpretación de reglas infraconstitucionales, materia no comprendida por el recurso interpuesto ni constitutiva de la competencia del tribunal, mientras su validez no sea cuestionada por razones constitucionales. El recurso de inconstitucionalidad no erige al tribunal en una tercera instancia sobre hechos ni sobre derecho común.

Lo cierto es que la Cámara, para revocar la sentencia absolutoria de primera instancia, se limitó a establecer el sentido y alcance del art. 56, Cód. Contrav., entendiendo que la conducta desplegada por Sama encuadraba en el tipo contravencional citado. A tal efecto, sin variar la valoración de la plataforma fáctica original, determinó una correcta interpretación y aplicación del mencionado artículo —fundando adecuadamente el significado que atribuyó a los verbos “ingresar” y “acceder” dentro del contexto de la norma—, y señaló, como fundamento de la lesividad, el carácter preventivo de la disposición y la advertencia de un “peligro constatable y verificable” dadas las circunstancias existentes al momento del hecho. Más allá del acierto o desacierto de estas consideraciones en las que la Cámara sustentó su decisión, la eventual discrepancia de criterio no constituye el objeto del recurso de inconstitucionalidad.

4. En cuanto a la presunta violación de la garantía de la doble instancia bajo la forma del doble conforme, debo advertir que el agravio no ha sido interpuesto oportunamente. En efecto, la defensa introdujo este argumento recién al interponer el recurso de inconstitucionalidad y no —como debió hacerlo, conforme lo dispone el art. 51 de la ley 12— al momento de contestar el traslado de la apelación del Fiscal.

La cuestión constitucional debe introducirse en el juicio en tiempo oportuno, para que los jueces intervinientes tengan ocasión de considerarla y resolverla, pues la articulada con posterioridad a la sentencia por parte del tribunal superior de la causa no habilita la intervención del Tribunal Superior de Justicia por medio del recurso de inconstitucionalidad y el

planteo debe ser considerado extemporáneo por tardío [conf. este Tribunal, expte. n° 1286/01, “Consortio 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”, del 20/2/2002; íd. expte. n° 1302/01, “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado”, y su acumulado, expte. n° 1312/01, “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Consortio de propietarios Avda. Dellepiane 4800 Torre 10 (ex 14) Barrio Cardenal Copello c/Comisión Municipal de la Vivienda s/ejecución de expensas’”, del 20/3/2002].

Las consideraciones expuestas resultan suficientes para rechazar el recurso también respecto de este punto.

Sin perjuicio de ello, *obiter dictum*, considero pertinente señalar —tal como lo sostuve al votar en una causa en que se debatió la vigencia de esta garantía en el ámbito de las normas que regulan la convivencia entre los vecinos— que “en el orden jurídico de esta Ciudad no existe identidad entre las materias penal y contravencional, y, en el ámbito de esta última, la cuestión de la vigencia de la garantía de la doble instancia se desenvuelve en un plano infraconstitucional” (conforme mi voto, a cuyos fundamentos en extenso me remito en “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional N° 3— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Abalos, Oscar Adrián s/art. 71, Cód Contrav. —Apelación’”, expte n° 1509, sentencia del 23/10/2002).

En mérito a lo expuesto, corresponde no hacer lugar al recurso de queja interpuesto por la defensa.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Adhiero a la solución propuesta por la jueza de trámite, la Dra. Conde.

2. Al impugnar la sentencia del *a quo*, la quejosa sostiene: *i*) que en dicha sentencia se aplicó analógicamente el art. 56 del Cód Contrav., al interpretar que la conducta consistente en sentarse sobre una pared perimetral de una tribuna durante el desarrollo de un espectáculo deportivo, se subsume en la conducta típica descrita en el artículo mencionado como “ingresar a un lugar distinto del que fuera determinado”, lo que supondría la violación de los principios de legalidad y de reserva (arts. 18, C.N., y 13, inc. 3°, CCBA), y *ii*) que el imputado “no había creado una lesión de peligro para el bien jurídico espectáculo público” (fs. 51 vta.), lo que supondría una violación al principio de lesividad (arts. 19, C.N., y 13 inc. 9°, CCBA). Asimismo, invoca el “derecho de revisión de condena o

doble instancia” (fs. 52 vta.), que, sostiene, “procura el acceso a la instancia superior que habrá de revisar el acierto o no de los agravios de esta parte, los cuales tampoco se relacionan con cuestiones de hecho y prueba, muy por el contrario, ellos se componen de una clara y patente inobservancia de los principios de legalidad y lesividad” (fs. 54).

3. La quejosa no demuestra que la interpretación del *a quo* exceda de las interpretaciones del texto de la ley posibles sin violentar el principio de legalidad invocado, ni explica por qué la interpretación que ella propone armonice mejor con el texto de la Constitución, sobre todo cuando en la visión del *a quo*, que la quejosa no controvierte, el bien jurídico tutelado en el art. 56 sería el normal desarrollo de estos espectáculos (conf. fs. 77 vta.). Tampoco explica la quejosa por qué viola el principio de lesividad la decisión de la Cámara de haber considerado que la conducta del imputado generó un peligro cierto al bien jurídico tutelado por el art. 56 del Cód. Contrav., cuya identificación por el *a quo*, como dije, no fue cuestionada. En resumen, la quejosa no muestra la relación directa entre las garantías invocadas y lo resuelto.

4. En las condiciones expuestas, cabe destacar que resulta redundante la invocación del “derecho de revisión de condena o doble instancia”, toda vez que lo que conduce al rechazo de la pretensión revisora de la recurrente, tal como la desarrolló, no es el límite impuesto por el orden jurídico al recurso de inconstitucionalidad, sino la ausencia de conexión entre garantías y resolución, carencia que la recurrente no muestra cómo superar.

5. Por todo lo expuesto, voto por rechazar la presente queja.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El agravio relativo al derecho al recurso del condenado, sobre el que reposa uno de los motivos del recurso de queja deducido por el defensor oficial, debe tener, en mi opinión, recepción favorable ante este Tribunal. En primer lugar, advierto que no comparto la apreciación formulada por la señora jueza de trámite en cuanto afirma que la posible lesión a la garantía de la *doble instancia* habría sido formulada tardíamente por el recurrente (punto 4 de su voto). En este sentido expresé, en un reciente pronunciamiento, que “(...) cuando los tribunales de apelación revocan fallos absolutorios o que no hacen lugar a la demanda, dictan ellos la primera resolución adversa para el demandado, esto es, reconocen por primera vez la obligación y condenan por primera vez. Se trata, entonces, de una decisión que, aunque dictada en una segunda instancia, si nos remitimos a la línea de organización jerárquica, es, para el demandado, una *pri-*

mera decisión de condena. Resulta excesivo exigirle al demandado que reitere [en este caso, vislumbre hipotéticamente] todas sus defensas, cuando ha obtenido un fallo favorable en la primera sentencia” (conf. punto 4 de mi voto *in re* “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Fariás, María Antonia c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]’”, expte. n° 3565/04, resolución del 26/5/2005). Lo antedicho guarda similitud no sólo con las constancias de la causa bajo estudio sino que, asimismo, se condice con la crítica del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad que, sobre el punto, efectúa el defensor oficial (fs. 52 vta./54 vta.). En efecto, es claro que, al momento de contestar la vista conferida del recurso de la fiscalía (conf. art. 51, L.P.C.), no correspondía exigirle a la defensa —atento la ausencia de agravio: el imputado fue absuelto en primera instancia— que planteara, de modo puramente conjetural, la hipotética lesión de un derecho cuyo ejercicio carecía de asidero fáctico. En otras palabras, en ocasión de contestar los agravios del apelante, el imputado no ostentaba aún el carácter de *condenado* y, consecuentemente, carecía de todo interés en —o bien, de toda posibilidad fáctico-jurídica de— recurrir la sentencia que eventualmente así lo declarara. En segundo lugar, destaco que, al momento de interponer el recurso de queja, el defensor sustentó el derecho de su pupilo a recurrir la sentencia de condena dictada en segunda instancia en, *inter alia*, los arts. 10 y 13, inc. 3° de la CCBA, arts. 18 y 75, inc. 22 de la C.N., art. 8°, inc. 2°, h), CADH y art. 14, inc. 5° del PIDCP (conf. fs. 52 vta./59 vta.) y conectó, de modo serio y suficiente, esas normas constitucionales con las constancias de la causa bajo estudio. De esta manera, concluyo que el recurrente configuró, con éxito, un caso constitucional atendible ante este Tribunal, al menos desde este punto de vista.

2. Una vez concedida la admisibilidad de la queja sobre este punto, corresponde analizar los fundamentos brindados por la defensa en su recurso de inconstitucionalidad. La exigibilidad del derecho a la revisión de la condena, ante los estrados locales y en el marco de esta causa particular, encuentra su fundamento, liminarmente, en la mención expresa que sobre el punto realiza el art. 13, inc. 3° de la CCBA. De modo adicional, el derecho a acceder a la mentada *doble instancia* en favor del ahora condenado reside en el carácter represivo del derecho contravencional (véase, punto 2 de mi voto en “León, Benito Martín s/recurso de inconstitucionalidad”, expte n° 245/00, resolución del 24/10/2000, en *CyJ, Fallos TSJBA*, II-2000, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 344 y ss.) que torna aplicable, a nuestro juicio contravencional, todas las garantías propias del sistema penal. En este sentido, las normas citadas por el recurrente —que gozan

de jerarquía constitucional; conf. arts. 18 y 75, inc. 22, C.N.; art. 8º, inc. 2º, h), CADH; y art. 14, inc. 5º, PIDCP— exigen la revisión amplia de la condena dictada en segunda instancia, a instancia del propio condenado (en este caso, de su defensa a través del recurso de inconstitucionalidad oportunamente interpuesto ante el tribunal de mérito sentenciante). No ignoro el hecho de que cierta doctrina, y aún cierta legislación (Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales [1950], Protocolo ampliatorio nº 7 [1984], art. 2º, párr. II), a la que concedo razonabilidad, dejan de lado las contravenciones de orden o las faltas como alcanzadas por el principio (excepción expresa), pero ya he afirmado que: *a)* la Convención que así lo prescribe expresamente no es aplicable en nuestro territorio; *b)* la CCBA, art. 13, inc. 3º, contiene a la doble instancia como principio judicial general; y *c)* resulta innegable el carácter penal que nuestro legislador le ha concedido al derecho contravencional (*pena estatal*), al punto de que, según antes lo dije en esta misma sentencia, torna aplicables los principios del derecho penal general. Por lo demás, cabe dejar de lado cavilaciones atinentes a la posible *insignificancia* de la sanción amenazada por el ordenamiento contravencional cuando, como en el caso, el imputado ha sido condenado a una *pena limitativa de la libertad*, esto es, a la prohibición de concurrencia a espectáculos deportivos organizados por la Asociación del Fútbol Argentino por el lapso de tres meses (conf. art. 11, inc. 5º, Cód. Contrav. entonces vigente).

3. Tras las exposiciones efectuadas en los párrafos precedentes, me detendré ahora en la posible solución de este caso conforme a aquella conclusión. Es cierto que la garantía bajo estudio no requiere de un “doble grado de jurisdicción” —como condición de validez de la organización judicial creada y su ley procesal— sino que, antes bien, reclama que el condenado tenga la posibilidad, regulada por el orden jurídico, de intentar un “nuevo examen de su condena”, en los límites del recurso planteado, ante un tribunal con poder para revocar la sentencia. Como afirmé oportunamente, este nuevo examen puede arrojar como resultado la revocación de la condena y su reemplazo por la absolución, su confirmación, en cuyo caso se ejecutará la pena impuesta, o su reforma por una condena con consecuencia más benigna para el recurrente, en cuyo caso ésta será la pena ejecutable —prohibición de *reformatio in peius*— (conf. punto 5 de mi voto en “Ministerio Público —Defensoría en lo Contravencional Nº 3— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Ábalos, Oscar Adrián s/art. 71, Cód Contrav. —apelación’”, expte nº 1509/02, sentencia del 23/10/2002, en *CyJ, Fallos TSJBA*, t. IV, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005,

pp. 521 y ss.). En este sentido, vale remarcar la notoria carencia de recurso para el condenado en la ley procesal contravencional para el caso de condena ante la Cámara por recurso de la fiscalía contra una absolución que no sea aquel que ha interpuesto el defensor recurrente (inconstitucionalidad o casación constitucional). Sin embargo, la operatividad de la garantía de la doble instancia en el ámbito contravencional local exige que un tribunal de mérito entienda o conozca en los límites del recurso planteado. Este tribunal podrá ser, tal como lo propuse en el punto 6 de mi voto *in re* “Masliah Sasson, Claudio s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Masliah Sasson, Claudio s/infracción art. 71, Cód. Contrav.’” (expte n° 1541/02, sentencia del 1/11/2002, en *CyJ, Fallos TSJBA*, IV-2002, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, pp. 553 y ss.), la Sala de la Cámara Contravencional que no intervino en el pleito, incluso integrada, si fuera necesario, por jueces de primera instancia en materia contravencional, pues los jueces que ya decidieron sobre el fondo de la cuestión planteada no pueden intervenir en el control material de su propia sentencia.

4. La garantía del recurso del condenado contra la sentencia de condena, que invoca el recurrente, no es otra cosa que una garantía procesal que, si de ella se ha carecido, cabe restablecer. Así, la solución no es revocar la sentencia ya dictada —por acertada o errónea— sino, tan sólo, restablecer para el condenado la posibilidad de apelar esa sentencia, posibilidad de la que él no ha gozado, conforme a la ley, para hacer valer los agravios contra ella que aquí ha indicado su defensor, agravios que, vale la pena aclarar, en momento alguno tocan a las comprobaciones fácticas de la sentencia sobre la base de las cuales se interpreta y aplica la ley contravencional, sino, antes bien, a la intelección de la ley contravencional misma y su aplicación al caso (procedimiento de subsunción).

Si ello es así, los agravios referentes al principio de *lesividad y legalidad* (interpretación analógica *in malam partem*), que reposan en la interpretación de la ley penal (infraconstitucional), no sólo tienen todavía posibilidad de ser eventualmente reparados ante el tribunal de mérito, si hubieran sido lesionados, sino que, además, según lo decidido anteriormente, no están dirigidos, en verdad, contra la *sentencia definitiva* —para quien sostiene la opinión anterior—, según lo requiere la ley del recurso (art. 27, L.P.T.). No sucede lo mismo con el principio llamado de la *doble instancia*, porque, en el caso, él ya está lesionado por la propia ley común (infraconstitucional), que no ha previsto la hipótesis que se nos presenta a decisión y resultaría inconstitucional, como lo sostiene el recurso, por omisión o laguna normativa. A tal punto ello es así que, si este recurso es

resuelto desfavorablemente, la sentencia adquiere valor de cosa juzgada. Por supuesto, la sentencia a dictar después del eventual nuevo juicio de mérito podrá ser nuevamente atacada por el defensor si advierte en ella, todavía, una lesión constitucional.

5. La solución que pregona la fiscalía no parece procedente, pues introduciría, sin causa, al Tribunal Superior en una competencia no impuesta constitucionalmente, ya que él debería interpretar el caso a la luz del derecho infraconstitucional. No se trata —o no se puede tratar— de un caso reglado por el art. 31, párr. II, de la ley 402. Esa posibilidad sólo existe cuando, aun desde el punto de vista constitucional, se trata de una sentencia definitiva, y, conforme a la explicación dada, a la ley procesal que rige en el ámbito territorial de la Ciudad le falta la posibilidad del recurso contra la primera condena ante un tribunal de mérito, en un caso, el actual, posibilidad que cabe restablecer.

6. En consecuencia, propongo que *a)* se admita el recurso de queja en torno al agravio atinente a la *doble instancia*; *b)* se considere triunfante el recurso de inconstitucionalidad sostenido por esa queja; y, *c)* sólo al efecto de la revisión de la condena con el alcance previsto en el punto 4 de mi voto, se reenvíe la causa a la Cámara actuante.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

I. Adhiero al voto de la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, con las siguientes puntualizaciones:

El agravio vinculado a la afectación de la garantía de la doble instancia —supuestamente generado por la revocación en Cámara de una sentencia absolutoria— es producto de una reflexión tardía, dado que no fue introducido en el momento oportuno, esto es, en la contestación de la apelación fiscal. Por ello, no ha podido ser ponderado por los jueces de la causa y la Cámara, entonces, mediante una interpretación razonable del principio de eventualidad procesal ha rechazado correctamente el recurso de inconstitucionalidad.

Por lo demás, en este caso concreto, la revocación de la sentencia de primera instancia por parte de la Cámara se sustenta en la interpretación de las disposiciones contenidas en el art. 56, Cód. Contrav. —la plataforma fáctica y probatoria tenida en cuenta para emitir el pronunciamiento de condena no ha variado—. La recurrente objeta esa hermenéutica, pues considera que violenta los principios de legalidad y lesividad. Ocurre que, tal como lo sostiene la doctora Ana María Conde en su voto, más allá del acierto o error del pronunciamiento atacado en punto al alcance que corresponde otorgar a los términos del art. 56, Cód. Contrav., ni en el recur-

so ni en la queja que lo sostiene se ha conectado el agravio con un motivo de impugnación de carácter constitucional. Así, no se ha acreditado que las herramientas recursivas que el justiciable tuvo a su alcance —según el diseño de la L.P.C.— hayan resultado, en el caso, inapropiadas para dirimir la cuestión que lo agravia (conf. mi voto *in re* “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional N° 3— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Abalos, Oscar Adrián s/art. 71, Cód. Contrav. —apelación’”, expte. n° 1509, sentencia del 23/10/2002 y el dictamen del señor fiscal general, doctor José Luis Mandalunis, emitido en dicha causa con fecha 20/6/2002, al que me remití en lo pertinente).

2. A mayor abundamiento, entiendo que en el recurso se parte de una genérica equiparación entre derecho contravencional y derecho penal que no se fundamenta siquiera en forma mínima. Luego, si se tiene en cuenta que, en el caso, se ha impuesto la “prohibición de concurrencia” a espectáculos futbolísticos organizados por la AFA, por el término de tres (3) meses, no se ha demostrado que corresponda equiparar cuantitativa o cualitativamente esta pena concreta con aquellas penas previstas en el Código Penal para sancionar delitos. Tampoco se ha acreditado que el imputado haya recibido un trato equiparable al que reciben las personas condenadas por delitos y que lo haya sido sin las debidas garantías previstas para ello (conf. argumentos del señor fiscal general de la Ciudad, doctor José Luis Mandalunis, en la causa “Abalos”, ya citada). La alusión genérica a la garantía de la doble instancia reconocida en la Constitución local (art. 13.3), en mi concepto, no puede interpretarse como una argumentación suficiente para demostrar que la misma comprende la exigencia de la observancia del “doble conforme” en los procesos contravencionales que tramitan ante la jurisdicción local y que, entonces, su desconocimiento provoca un menoscabo actual y concreto a la defensa en juicio. Por su parte, el art. 50 de la L.P.C. dispone que la sentencia de primera instancia “es apelable dentro de los cinco días de la notificación, mediante escrito fundado. Las actuaciones se elevan de inmediato a la Cámara”. Si la ley no distingue, la apelación puede ser interpuesta por el contraventor ante una sentencia desfavorable (de condena) y por el Ministerio Público Fiscal ante una sentencia absolutoria. Cuando el legislador quiso limitar o restringir las posibilidades recursivas del Ministerio Público Fiscal, lo hizo expresamente (conf. art. 53, L.P.C. que sólo permite al contraventor interponer el recurso de inconstitucionalidad ante este estrado). Y como es sabido, no es dable suponer la inconsecuencia del legislador. Por lo tanto, en el curso de las instancias ordinarias la apelación es un derecho procesal de las dos partes protagonistas de la causa.

En virtud de las consideraciones expuestas, corresponde rechazar la presente queja.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por la defensa del Sr. Sama a fs. 45/59 fue deducido en tiempo y forma (art. 33, ley 402). El mismo contiene una crítica acertada de la resolución que le denegara el recurso de inconstitucionalidad y por lo tanto debe ser admitido.

2. Respecto de uno de los agravios constitucionales planteados en el recurso de inconstitucionalidad, la situación es análoga a la resuelta en autos “Alberganti, Christian Adrián s/art. 68 del Cód. Contrav. —apelación— s/recurso de inconstitucionalidad concedido”. En efecto la defensa se agravia por la ausencia de recurso judicial idóneo para asegurar la efectiva vigencia de la garantía del doble conforme, ante una sentencia de la Cámara que revoque una absolución y condene. En dicha oportunidad sostuve que “[l]a ley 12 faculta al ministerio público a recurrir por vía de apelación la decisión absolutoria del juez de primera instancia, con lo cual habilita la posibilidad de una primera sentencia de condena en Cámara. En esta situación el condenado está privado de recurrir ante un tribunal de mérito, porque el sistema procesal contravencional (ley 12), no prevé un recurso ordinario o amplio ante otro órgano judicial para impugnar la sentencia de segunda instancia. En consecuencia, el recurso de inconstitucional ante el Tribunal Superior de Justicia (art. 53, ley 12 y art. 27, ley 402) es el único camino para la defensa. Como se ve, la estructura diseñada por la ley procesal contravencional, genera, en un caso como el de autos, la afectación a la *garantía de la defensa en juicio* y al *principio del doble conforme*. Y sólo por este agravio es parcialmente admisible el recurso de inconstitucionalidad.”

3. El tratamiento del recurso, por las circunstancias de la causa que motivaron su interposición, debe quedar limitado al agravio indicado en el párrafo anterior, porque únicamente en relación con la *garantía de la defensa en juicio* y al *principio del doble conforme* la sentencia recurrida debe tenerse por definitiva.

El carácter represivo del derecho contravencional y la disposición contenida en el art. 13, inc. 3º de la CCBA determinan el derecho del condenado a exigir una revisión amplia de la sentencia de Cámara. En forma adecuada la defensa apoya su argumentación en los arts. 10 y 13, inc. 3º de la CCBA, arts. 18 y 75 inc. 22 de la C.N.; art. 8º, inc. 2º, h), CADH; y art. 14, inc. 5º del PIDCP. Y, en el mismo sentido, he de men-

cionar los consids. 157/168 del fallo de la Corte Interamericana en el caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”.

4. Voto por lo tanto en el mismo sentido que mi colega preopinante, Julio B. J. Maier.

Por ello, oído el fiscal general adjunto y por mayoría

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja interpuesto por el Defensor Oficial de Javier Fernando Sama a fs. 45/59.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente se devuelva el expediente principal, junto con esta queja, a la Sala I de la Cámara Contravencional.

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

LXXXV

“LACH, LEÓN S/SACAYT —OTROS—, EN:
‘GCBA C/LACH, LEÓN S/EJECUCIÓN FISCAL’”

RECURSO DE QUEJA: RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL. INADMISIBILIDAD: Admisibilidad. Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires. Vías procesales. Revalúo inmobiliario. Inexistencia de deuda. Ejecución fiscal. Excepciones. Inhabilidad de título. Pago total documentado. Efectos liberatorios del pago

Expte. nº 3770/05 - 10/8/2005

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Según surge de la resolución obrante a fs. 2/2 vta., el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires inició ejecución fiscal contra León Lach por cobro de diferencias en la contribución de Alumbrado, Barrido y Limpie-

za, Territorial, de Pavimentos y Aceras y ley nacional 23.514 —concepto: Adecuación de Empadronamiento, partida inmobiliaria 1.733.400—, por los períodos liquidados entre el 1º/1/1994 y el 31/3/1998, con vencimiento original el 12/3/1999, por el importe nominal de \$ 1.603,43, con más los intereses y las costas. El demandado se presentó y opuso excepción de pago documentado, en los términos del art. 451 del CCAyT (fs. 2).

2. Con fecha 24/8/2004, la jueza de grado rechazó la excepción invocada por Lach y mandó seguir adelante la ejecución. (fs. 2 vta.).

3. Ante esa decisión, el contribuyente interpuso recurso de apelación (fs. 3) que —por improcedente— fue rechazado a fs. 4.

4. La improcedencia de la apelación intentada dio origen a la presentación de un recurso extraordinario ante la jueza de primera instancia (fs. 5/7), cuya denegatoria (fs. 9/9 vta.) motivó la queja de autos (fs. 10/13).

5. Corrida la vista al señor fiscal general (fs. 16), éste propició el rechazo del recurso de queja articulado (fs. 17/17 vta.).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por el Sr. Lach a fs. 10/13 contra “las resoluciones recaídas en autos” (fs. 10) “atento el gravamen irreparable que la denegación del recurso extraordinario me causa” (fs. 10 vta.), no puede prosperar.

Como sostiene el fiscal general en su dictamen la queja debe ser rechazada porque no critica el argumento por el cual la jueza de grado declaró inadmisibile el recurso extraordinario federal de fs. 5/7. Esto es: el recurrente no intenta justificar en el escrito que obra a fs. 10/13 el agotamiento de las instancias recursivas locales, exigencia legal previa a la vía extraordinaria federal que se le niega (art. 14, ley 48).

2. Por otra parte, pretender interponer un recurso de queja ante el tribunal sobre la base de lo dispuesto por el art. 251, inc. d), del CCAyT de la Ciudad es una prueba inequívoca de que la omisión señalada en el apartado anterior, es un reflejo de que el recurrente ignora que la CCBA contiene una precisa regulación de la competencia del Tribunal Superior de Justicia (art. 113, CCBA) y que dicha competencia fue reglamentada por la Legislatura de la Ciudad mediante el dictado de las leyes 7 y 402.

3. En síntesis, el recurrente ignora o se aparta de las vías procesales locales a través de las cuales hubiera podido acceder al Tribunal, actitud que deja sin sustento su recurso extraordinaria federal. “Basta recordar al

respecto el encabezado del art. 14, de la ley 48, según el cual ‘Una vez radicado un juicio ante los tribunales de provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial, y sólo podrá apelarse a la Corte Suprema, de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia’, así como la jurisprudencia de la Corte Suprema que dispuso las dudas sobre su interpretación, conf. ‘Strada’ (*Fallos*, 308:490), ‘Di Mascio’ (*Fallos*, 311:2478) y concordantes” (conf. el voto que emitiera conjuntamente con la jueza Ana María Conde y el juez José O. Casás en las causas “Natansohn, Eric s/queja por recurso extraordinario denegado, en: ‘Natansohn, Eric s/exceso de velocidad’”, expte. n° 1425, resolución del 6/3/2002, y “Averbuj, Mirta Noemí s/queja por recurso extraordinario denegado, en: ‘Averbuj, Mirta Noemí c/GCBA s/amparo —apelación’”, expte. n° 1445, resolución de 6/3/2002, y mi voto en autos “López Aufranc, Alcides Javier s/queja por recurso extraordinario federal denegado, en: ‘GCBA c/López Aufranc, Alcides Javier s/ ejecución fiscal — radicación de vehículos’”, expte. n° 2590/03, resolución de 11/12/2003, y “Deferrari, Desiderio Agustín s/queja por recurso extraordinario federal denegado, en: ‘Deferrari, Desiderio Agustín c/GCBA y otros s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)’”, expte. n° 2587/03, resolución de 11/12/2003).

4. A mayor abundamiento, “[e]l recurso de queja debe presentarse directamente ante los estrados de la CSJN, siendo por tanto ineficaz su interposición ante el tribunal superior de la causa u otro tribunal, cualesquiera sean las disposiciones, y aún los errores, que pueda contener la ley local, ya que sólo la nacional puede regular los recursos ante la CSJN”. Conf. PALACIO, Lino: *El recurso extraordinario federal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 339 y *Fallos*, 277:389, 293:438, 303:870, 306:630, 296:553. (conf. mi voto en autos “López Aufranc, Alcides Javier s/queja por recurso extraordinario federal denegado, en: ‘GCBA c/López Aufranc, Alcides Javier s/ ejecución fiscal — radicación de vehículos’”, expte. n° 2590/03, resolución de 11/12/2003, y “Deferrari, Desiderio Agustín s/queja por recurso extraordinario federal denegado, en: ‘Deferrari, Desiderio Agustín c/GCBA y otros s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)’”, expte. n° 2587/03, resolución de 11/12/2003).

5. Por lo expuesto, voto por el rechazo de la queja articulada a fs. 10/13.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

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

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El comportamiento procesal del recurrente no se adapta a orden procesal alguno posible: parece creer que la protesta es libre y no requiere

de verificación alguna acerca del recurso interpuesto y de la resolución que recurre; más aún, el recurso de queja que estamos examinando se refiere tanto al rechazo del recurso de apelación (fs. 4) como al recurso extraordinario interpuesto *a posteriori* (fs. 9).

2. Más allá de cuestiones semánticas, el Sr. Lach no interpuso recurso alguno que, al ser denegado, permita acudir en queja ante este Tribunal (conf. art. 113, CCBA, art. 26, ley 7 y arts. 27 y 38, ley 402). El ejecutado planteó recurso de queja contra las “resoluciones recaídas en autos” (fs. 10) entre las que se encuentra aquella que denegó la concesión del “recurso extraordinario” (conf. denominación efectuada por el recurrente a fs. 5) interpuesto por el recurrente contra la denegación del recurso de apelación intentado. En consecuencia, la vía para revisar el rechazo de este “recurso extraordinario” —instaurada incorrectamente a través de los incs. 1º y 2º del art. 251 del CCAyT— no resulta atendible ante este Tribunal. Asimismo, y como aditamento a la resolución que se propone, cabe resaltar que tiene razón el señor fiscal general al dictaminar que “el recurso de queja debe ser rechazado, en tanto en él no se ha articulado ninguna crítica contra el auto que declaró inadmisibile el recurso” (fs. 17).

Por las razones expuestas, voto por rechazar la queja interpuesta a fs. 10/13.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por el señor León Lach no puede prosperar en tanto sus planteos defensivos han sido inadecuadamente articulados desde el punto de vista procesal en las distintas instancias de la causa, tal como lo puntualiza mi colega el doctor Julio B. J. Maier en su voto.

En idéntico sentido, destaca el señor fiscal general, que el quejoso articula el recurso de hecho por denegación del recurso extraordinario (debe suponerse la referencia al contemplado por el art. 14 de la ley 48) contra la sentencia dictada por el Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario n° 7, en cuanto rechazó la excepción de pago documentado y ordenó llevar adelante la ejecución fiscal, trastocando la secuencia de los actos procesales.

Por otra parte, y dicho ello a mayor abundamiento, el escrito del recurrente no efectúa una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso interpuesto a fs. 5/7. Más allá de insistir en lo inequitativo de la resolución, la parte no ha rebatido los argumentos que la señora jueza de grado utilizó para no conceder el recurso extraordinario interpuesto (fs. 9 y vta.) y sólo ha reiterado los agravios de equidad vertidos en el mismo referidos a la improcedencia de la ejecución. Ello así,

resulta aplicable el criterio de la CSJN en lo relativo al fundamento que deben expresar las quejas por recursos denegados [*Fallos*, 287:237; 298:84; 302:183; 311:133, 2338; en el mismo sentido este TSJ *in re*: “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Hamilton, Guillermo Daniel c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 2158/03, sentencia del 2/4/2003, entre muchos otros].

2. De todos modos, subyace en la controversia la estabilidad del acto administrativo tributario de determinación de la valuación fiscal de los inmuebles ante un revalúo, los alcances que cabe asignar a la excepciones de inhabilidad de título y de pago total documentado y cómo se proyectan en la especie los efectos liberatorios del pago, todo ello a la luz de diversos precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Al respecto, *in re*: “Justin Kraus” (*Fallos*, 287:258), sentencia del 20/11/1973, el Alto tribunal dejó establecido que: “el error en cuanto a la corrección del ejercicio de sus propias y exclusivas atribuciones por parte de las autoridades receptoras de los impuestos no perjudica al contribuyente, en tanto éste no haya actuado con dolo o culpa grave...; ello así, porque ‘exigencias notorias tanto de la estabilidad de los negocios jurídicos como del orden justo de la coexistencia, imponen el reconocimiento de agravio constitucional en la reapertura de cuestiones definitivamente concluidas y sobre la base de una modificación posterior e imprevisible del criterio pertinente en la aplicación de las leyes que rigen el caso’”.

Igualmente, la CSJN hizo particular hincapié, frente a la aplicación de disposiciones de esta jurisdicción de revaluación retroactiva de los inmuebles, en que, en la especie, juegan los efectos liberatorios de los pagos oportunamente efectuados de acuerdo con las liquidaciones realizadas por el Fisco, pues de lo contrario se vería claramente menoscabada la seguridad jurídica que reviste jerarquía constitucional, causas: “Bernasconi Sociedad Anónima Inmobiliaria Agrícola Ganadera Financiera Comercial Inmobiliaria e Industrial v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” (*Fallos*, 321:2933) y “Susana Ernestina Teresa Guerrero de Louge c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” (*Fallos*, 321:2941), ambas con sentencia del 12/11/1998. Más aún, el tribunal cimero, *in re*: “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Román S.A. Comercial” (*Fallos*, 324:1924), sentencia del 14/6/2001, dejó claramente expuesto que “el procedimiento adoptado por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, en cuanto utiliza el mayor valor fiscal atribuido a los inmuebles para exigir el pago de contribuciones más elevadas por períodos anteriores al momento en que se efectuó la revaluación, importa desconocer los efectos liberatorios de los pagos de los tributos realizados por los contribuyentes según el criterio oportunamente fijado por la comuna e impone el reconocimiento

de agravio constitucional, siempre que el error en la inicial valuación de los bienes no fuese imputable a aquéllos o que hubiese mediado dolo o culpa grave de su parte”.

3. Ahora bien, sin perjuicio de que los jueces tienen reconocidas amplias facultades ordenatorias e instructorias del proceso (art. 29, CCAyT) y de que es su misión arribar en las sentencias a resultados concretos que armonicen con los principios axiológicos de justicia que inspiren nuestro ordenamiento y no a conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso o a consecuencias notoriamente disvaliosas, los magistrados no pueden purgar o suplir todos los equívocos u omisiones en que lleguen a incurrir los letrados de las partes, más aún en el limitado ámbito cognoscitivo y defensivo del proceso de ejecución fiscal tal cual está reglamentado por las normas de rito, lo que me ratifica en la convicción de que la queja debe ser rechazada.

4. Teniendo en cuenta las consideraciones que he desarrollado en los puntos 2 y 3 de este voto, propicio se libre Oficio a la Dirección General de Rentas de la Ciudad de Buenos Aires describiendo los hechos que han brindado sustento a la presente causa, en cuanto se ha ventilado el cobro ejecutivo contra León Lach de “Diferencias de Contribución de Alumbrado, Barrido y Limpieza Territorial, y de Pavimentos y Aceras y Ley Nacional 23.514 —concepto: Adecuación de Empadronamiento”, Partida Inmobiliaria 1.733.400, períodos liquidados 1/1/1994 al 31/3/1997, con vencimiento original el 12/3/1999, por el importe nominal de \$ 1.603,43 —aspectos que, en cuanto a la materialidad de los hechos, han devenido firmes junto con la sentencia de la jueza de grado—, inmueble que habría adquirido el aquí demandado por escritura traslativa de dominio de fecha 9/4/1997. Ello así, en virtud de que la Ciudad, a tenor de lo dispuesto por el dec. 1510/97 (Ley de Procedimientos Administrativos local), se encuentra facultada para revocar actos nulos (art. 17) o actos regulares (art. 18), en ambos casos en su propia sede y, en el segundo de los supuestos, en tanto no hubieren generado derechos subjetivos a favor de los administrados. Deberá quedar en claro que esta comunicación no obliga en esta instancia a la Administración en sentido alguno —distinto sería el caso de un pronunciamiento judicial ante una acción de repetición favorable al contribuyente—, la que deberá obrar sujeta al bloque de legalidad —a que se refiere Hauriou— pero según su criterio y apreciación de mérito, oportunidad y conveniencia.

Téngase en cuenta —abonando tal temperamento— que se agregaron a la causa, al momento de la interposición de las excepciones, fotocopia de la escritura de compraventa de la cual surgirá la inexistencia de deuda a la fecha de la transmisión del dominio del inmueble, acreditada mediante certificado debidamente liberado según manifestación del escri-

bano autorizante (véase fs. 16 de los autos principales) y fotocopia del comprobante de pago, también por tales conceptos, con vencimiento el 30/12/1998, todo lo cual, atento a la omisión de presentar los originales, según intimación del Juzgado —auto notificado en forma *ficta* por nota— (véase fs. 20 también de los autos principales), fue desglosado del expediente (véase fs. 22 y 24, autos principales).

En tales condiciones no puede caer en saco roto una vieja y valiosa exigencia fijada por la CSJN cuando, *in re*: “Don Manuel Ocampo con la Administración de Rentas del Rosario, sobre mercaderías embargadas” (*Fallos*, 10:203), sentencia del 27/6/1871, demandara de la Administración fiscal, en tal caso de la Aduana, que debía ser *leal, franca y pública en sus actos*, lo que permite sostener en el *sub examine* que el fisco no podría reclamar un crédito tributario que no hubiera sido informado al adquirente en los certificados requeridos a la Dirección General de Rentas con motivo de la transmisión de dominio del inmueble, o sumas que pudieran estar abonadas o, en definitiva, cuyo cobro llegara a resultar improcedente conforme a la jurisprudencia del Máximo Tribunal, sobre efectos liberatorios del pago y estabilidad de los actos administrativos de determinación, por cuanto se afectaría la seguridad jurídica, la confianza legítima de los contribuyentes y los valores reclamados en el precedente por el Alto Estrado, además de no hacerse eco de la *ejemplaridad que debe presidir los actos del Estado*, también al momento de desplegar sus potestades tributarias recaudatorias —véase doctrina de la causa: “Aerolíneas Argentinas Sociedad del Estado c/Provincia de Buenos Aires” (*Fallos*, 308:2153), sentencia del 13/11/1986.

Por lo tanto, propicio el rechazo de la queja y el libramiento del oficio antes indicado.

Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Adhiero al criterio sentado por la señora jueza de trámite, la Dra. Ruiz, que vota por rechazar la queja interpuesta, en razón de que el quejoso no ha dirigido crítica alguna al decisorio de fs. 9, que denegó el recurso interpuesto.

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

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja interpuesto por el Sr. León Lach a fs. 10/13.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique, se ponga en conocimiento del señor fiscal general y, oportunamente, se remita el expediente principal con esta queja.

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

LXXXVI

“COSSIO CHOQUEMAMANI, CARMEN ELIZABETH Y OTRA
S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD
DENEGADO, EN: ‘DELFINO, JORGE ALBERTO
Y OTROS C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)’”

**RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad. Tribunal Superior
de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires. Legitimación procesal**

Expte. n° 3830/05 - 10/8/2005

VISTO:

El expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. Jorge Alberto Delfino, María Cristina Ferrufino, Valencia Vilca, Carmen Cossio Choquemamani, Rosa Beatriz González, Mercedes Celina Martínez, Cristina Ramona Acosta, Nilba Beatriz Giménez y Amelia Raquel Haedo, con el patrocinio de la Defensora General Adjunta y del Defensor ante los Juzgados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario, iniciaron una acción de amparo a fin de que el Gobierno de la Ciudad: *a)* cese en su determinación de finalizar planes y programas habitacionales de los cuales los amparistas son beneficiarios, *b)* se abstenga de transferirles la gestión y la responsabilidad de la prestación, y *c)* haga cumplir en el hotel donde se encuentran alojados la normativa vigente en materia de habilitaciones y verificaciones (fs. 1/15, autos principales y, en particular, petitorio, fs. 14/14 vta.).

2. El juez de primera instancia tuvo por desistidas de la acción de amparo a las coactoras Mercedes Celina Martínez, Valencia Vilca y Rosa Beatriz González.

Asimismo, consideró que el dec. 895/02, publicado el 13/8/2002, satisfizo el objeto principal de la pretensión esgrimida por la actora en la demanda. En consecuencia, declaró abstracto, parcialmente, el amparo en cuanto se refiere al mantenimiento de la asistencia habitacional de la actora y su grupo familiar; hizo lugar, también parcialmente, a la acción y ordenó al GCBA que “disponga lo necesario para que la actora y su grupo familiar sean alojados en un lugar adecuado a sus necesidades” (fs. 701/706 vta., autos principales).

A fs. 710 (del expediente principal) desistió del proceso la coactora, Amelia Raquel Haedo.

3. Únicamente los coactores Jorge Alberto Delfino, María Cristina Ferrufino y Nilba Beatriz Giménez, por la parte actora, y el Gobierno de la Ciudad, por la demandada, apelaron la sentencia de primera instancia (fs. 712/721 y fs. 722/748 vta., respectivamente, del expediente principal).

La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario resolvió rechazar ambos recursos y confirmar la sentencia recurrida en todo lo que fue motivo de apelación y agravios (fs. 784/786, autos principales).

4. Contra esa decisión, algunos coactores dedujeron recurso de inconstitucionalidad. Si bien en el inicio del escrito se menciona a ocho accionantes (fs. 788), sólo Jorge Alberto Delfino y Cristina Ramona Acosta lo suscriben junto con el Defensor Oficial que los asiste (véase especialmente las firmas del escrito a fs. 816 vta.).

Este recurso fue denegado por la alzada (fs. 832 y vta., autos principales).

5. Frente al rechazo, Carmen Cossio Choquemamani y Cristina Ramona Acosta plantean una queja ante el Tribunal (fs. 3/25).

6. Tanto el fiscal general adjunto como el asesor general tutelar postulan, en sus respectivos dictámenes (fs. 32/34 vta. y 37/39 vta.), que se desestime la queja interpuesta.

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Del relato del trámite de este proceso efectuado en las ‘resultas’, en particular de la enunciación de las personas que efectuaron presentaciones en sus distintas etapas e instancias, surge claramente que las recurrentes que ahora vienen en queja ante el tribunal carecen de legitimación para plantear este recurso. Ello es así porque Carmen Cossio Choquemamani y Cristina Ramona Acosta no apelaron la sentencia de

primera instancia. En consecuencia, las cuestiones allí decididas han quedado firmes para ellas.

No sólo eso, la Sra. Carmen Cossio Choquemamani tampoco interpuso el recurso de inconstitucionalidad cuya denegatoria habilita la interposición de la queja regulada en la ley 402.

Al respecto debe recordarse que aún en la acumulación subjetiva de pretensiones por litisconsorcio facultativo, la apelación de la sentencia es un acto individual de cada litisconsorte que beneficia solamente al que lo realizó (PALACIO, Lino E., y ALVARADO VELLOSO, Adolfo: *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, t. 3, pp. 268/269, Rubinzal-Culzoni, 1997; FALCÓN, Enrique M.: *Comentario al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, t. I, Abeledo-Perrot, 1998, p. 157, nota nº 5).

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez Julio B. J. Maier

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Adhiero a la solución propuesta por mi colega Julio B. J. Maier y, en consecuencia, voto por rechazar la queja intentada.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Adhiero a la solución propuesta en el voto de mi colega Dr. Maier.

Los quejosos han consentido la sentencia al consentir la de primera instancia cuyas disposiciones fueron confirmadas por la que ahora apelan.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el doctor Julio B. J. Maier, en cuanto propicia rechazar la presente queja, toda vez que la sentencia de primera instancia ha devenido firme para las recurrentes.

Así lo voto.

Por ello, oídos el fiscal general adjunto y por el asesor general tutelar,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja interpuesta por Carmen Cossio Choquemamani y Cristina Ramona Acosta, a fs. 3/25.

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

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

LXXXVII

“MOLINA, HILDA JULIA S/QUEJA POR RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘MOLINA,
HILDA J. C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)’”

RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad. Caso constitucional. Planes y programas habitacionales. Prestación. Desalojo. Cuestión abstracta

Expte. n° 3840/05 - 10/8/2005

VISTO:

El expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. Hilda Julia Molina y José Enrique Rueckner Aleman, con el patrocinio de la Defensora General Adjunta y del Defensor ante los juzgados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario, iniciaron una acción de amparo a fin de que el Gobierno de la Ciudad:

- a) cesara en su determinación de finalizar planes y programas habitacionales de los cuales los amparistas son beneficiarios;
- b) se abstuviera de transferirles la gestión y la responsabilidad de la prestación y
- c) hiciera cumplir en el hotel donde se encuentran alojados con su grupo familiar la normativa vigente en materia de habilitaciones y verificaciones (fs. 2/15 vta., autos principales y, en particular, petitorio, fs. 15/15 vta.).

2. La jueza de primera instancia consideró que el dec. 895/02, publicado el 13/8/2002, satisfizo el objeto principal de la pretensión esgrimida por los actores en la demanda y que, a través de las resols. 193/02, 216/02 y 200/02 de la Secretaría de Desarrollo Social, se ha previsto un estricto control sobre los establecimientos involucrados y sobre las condiciones de alojamiento. En consecuencia, declaró abstracto el objeto de esta acción, con costas en el orden causado (fs. 311/315, autos principales).

3. El asesor tutelar y los actores interpusieron sendos recursos de apelación contra sentencia (fs. 316/318 vta. y 321/331 del expediente principal, respectivamente).

La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario resolvió confirmar la sentencia recurrida en todo lo que fue motivo de apelación y agravios (fs. 355/356, autos principales).

4. Contra esa decisión, tanto los actores como la asesora general adjunta dedujeron recurso de inconstitucionalidad (fs. 359/393 y 407/412 vta. del expediente principal, respectivamente) que fueron denegados por la alzada (fs. 417 y vta., autos principales).

5. Frente a este rechazo, únicamente la actora, Hilda Julia Molina, interpuso una queja ante el tribunal (fs. 2/24), en la que invocó los decs. 1234/04 y 97/05, dictados con posterioridad a la sentencia de Cámara.

6. Tanto el fiscal general adjunto como el asesor general tutelar postulan, en sus respectivos dictámenes (fs. 30/32 vta. y 34/36 vta.), que se desestime la queja interpuesta.

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. La queja fue interpuesta en tiempo y forma (art. 33, ley 402).

2. El recurso de inconstitucionalidad fue correctamente denegado por la Cámara.

El principal fundamento con el que el tribunal *a quo* desestimó el recurso de inconstitucionalidad reside en que, los argumentos expuestos por la actora no son adecuados para configurar un caso constitucional. Señaló que no está en debate actualmente la recta interpretación de la Constitución en lo relativo al derecho a la vivienda, sino que los agravios no trasuntan más que una mera discrepancia con la aplicación de normas infraconstitucionales a los hechos estimados como probados y no una distinta interpretación de cláusulas constitucionales.

3. Tanto en el recurso de inconstitucionalidad como en la queja, la recurrente cuestiona las decisiones de las instancias inferiores que declararon abstracta la acción de amparo.

El caso aquí planteado es análogo al resuelto *in re* “Vidal, Sonia Miriam y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 3274/04. En dicho precedente sostuve que la cuestión era insustancial (conf. art. 30, ley 402) toda vez que “[u]na cuestión análoga a la que llega a conocimiento de este Tribunal en estos autos ya fue resuelta por este Tribunal *in re* ‘Jasmín, José Alberto y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido’, expte. n° 2282/03, resolución de 1/10/2003. Ya en aquella oportunidad, este Tribunal estimó que la cuestión se había tornado abstracta. Más precisamente, dijo que ‘[...] el art. 26 del citado decreto [el 895/02] no ha derogado la prestación ‘Pago de hotel por 15 días’ prevista en el ‘Programa para las familias sin techo’, que está incluido en el ‘Programa

integrador para personas y grupos familiares que carecen de vivienda y permanecen en la calle’, que como Anexo I aprobó el dec. 607/97. El art. 26 del dec. 895/02 sólo dispuso *la pérdida de vigencia del plazo de quince días por el que se brindaba la prestación*. La interpretación sistemática del decreto permite fundar esta afirmación, pues el art. 19 establece que ‘aquellos beneficiarios de los programas preexistentes que se encuentren alojados en hoteles, podrán optar por permanecer en la actual situación o acogerse al régimen establecido por el presente decreto’. La referencia a ‘la actual situación’ hace alusión a la situación fáctica y normativa, es decir a su alojamiento conforme al programa prestacional por el que eran asistidos a la fecha del dictado del nuevo decreto. De tal manera, el egreso de esos programas sólo puede disponerse una vez cumplidos los objetivos generales y especiales previstos en tales programas.

Como puede verse, el peligro de desalojo intempestivo que motivó el amparo ha cesado”.

Asimismo, sostuvo en ese fallo que “[n]inguna de las consecuencias accesorias que plantea la demanda, a raíz de lo dispuesto por las normas indicadas, requiere mayores precisiones de una sentencia judicial. La forma en que las autoridades de aplicación ejecuten los programas bajo análisis, las dificultades que en su curso se presenten y los posibles planteos que al respecto puedan formular los interesados exceden el ámbito del amparo por revestir el carácter de presunciones o meras hipótesis sin virtud para configurar el daño actual o inminente que subsana o previene el amparo ante supuestas situaciones de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta”.

4. Cualquiera sea la razón que asista a la quejosa acerca del impacto que los decs. 1234/04 y 97/05 tengan sobre sus derechos, lo cierto es que las argumentaciones que en ellos apoya, no constituyen una impugnación dirigida contra la sentencia que se pretende revertir, sino cuestionamientos que ya no puede añadir a un proceso agotado.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La queja interpuesta por la Sra. Hilda Julia Molina no puede prosperar. Si bien cumple con los requisitos de tiempo y forma (art. 33, L.P.T.), pese al destacable esfuerzo argumental de la quejosa, no revisten actualidad los agravios que construye en torno a la afectación del estándar mínimo del derecho a la vivienda. En ese contexto, el recurso no logra presentar un caso constitucional en los términos del art. 27 de la L.P.T.

2. Durante el desarrollo del proceso el Gobierno dictó los decs. 895/02 y 1234/04 y aprobó las disposiciones que regulan el otorgamiento del subsi-

dio para familias en situación de calle, previsto en el dec. 895/02, a través de la resol. 193 de la Secretaría de Desarrollo Social de fecha 16/8/2002.

Estas normas pusieron fin al riesgo de desalojo de los actores y tornaron abstracta su pretensión dirigida a reclamar, conforme el petitorio de la demanda, que la justicia ordenase al Gobierno de la Ciudad que:

“6) Oportunamente, se haga lugar a la acción de amparo, ordenándose al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que:

- 1) Cese en su determinación públicamente comunicada a los beneficiarios, consistente en finalizar los planes/programas sociales cuyas prestaciones de carácter habitacional usufructuamos en los hospedajes dispuestos a tal fin, por carecer absolutamente de medios para satisfacer la necesidad primaria de vivienda del grupo familiar, hasta tanto se compruebe el estricto y definitivo cumplimiento de los objetivos generales y específicos de los programas en los que ingresamos originalmente y a raíz de ello que el egreso de los mentados programas sea efectuado una vez que se haya evaluado, caso por caso, de manera efectiva, concreta y pormenorizada el cumplimiento de aquellos objetivos.
- 2) Se abstenga asimismo el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires de transferir a los beneficiarios la gestión y responsabilidad de la prestación, al disponer el trato directo con los titulares de los hospedajes y en su caso la entrega de los cheques/valores respectivos, manteniendo la contratación por cuenta y cargo, hasta tanto se provea la solución habitacional definitiva.
- 3) Haga cumplir en el hotel donde somos alojados la normativa vigente en materia de habilitaciones y verificaciones.”

La jueza de grado y la Sala de la CCAyT que intervinieron en este proceso, asumieron el nuevo estado de situación existente a partir del dictado de las normas indicadas más arriba, y ello explica el sentido de sus decisiones.

3. En casos análogos al que se trata en estas actuaciones, el tribunal rechazó los recursos de inconstitucionalidad habilitados por la Cámara. En otros, más recientes, declaró mal concedida esa vía recursiva. Los argumentos que utilizara al pronunciarme tanto unos como en otros, coinciden con los que expusiera en párrafos anteriores y fundan adecuadamente mi voto.

Reitero lo que sostuve al votar en “Vidal, Sonia Miriam y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 3274/04, resolución de 13/4/2005.

“Me remito a lo que dijera el tribunal en “Jasmín, José Alberto y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionali-

dad concedido”, expte. n° 2282/03, resolución de 1/10/2003, ‘[e]l objeto pretendido en este amparo se agotó: la asistencia habitacional se mantiene por vía de subsidio, o de alojamiento en hoteles, para los beneficiarios originales del dec. 607/97. En tal sentido, el tribunal ya ha dicho que la nueva normativa ‘establece un régimen especial para aquellas personas que decidan seguir alojándose en hoteles’ (expte. n° 1607/02, ‘Ríos Álvarez, Gualberto Felipe c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido’, resolución del 1/11/2002, entre muchos otros). Para estos últimos, además, la continuidad en el goce del beneficio es automática, si no optan por acogerse al sistema organizado por el dec. 895/02 (resol. SDS-193/02, art. 8°); la renovación del beneficio se supedita a la presentación de una declaración jurada, y el egreso depende de evaluación a cargo de la Unidad de Gestión vía integración de proyectos comunitarios, la incorporación a operatorias vigentes o la radicación en otras jurisdicciones (resol. SDS-193/02, arts. 9° y 13). Por su parte los hoteles prestadores, tanto los anteriores para mantener su condición y los nuevos para acceder a esa situación, quedan sometidos a las medidas de control dispuestas por el dec. 895/02 y sus normas reglamentarias (art. 21 del decreto y arts. 3°/7° resol. SDS-193/02 y resol. SDS-216/02)’.

Como indiqué al votar en las causas “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Morini, Elsa Erlinda c/GCBA s/amparo (art. 14 CCBA)’”, “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Mantovano, Carlos Alberto y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’” y “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Pons, Sandra C. y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”, resoluciones de 16/12/2004, ‘el art. 14 de la CCBA que regula el amparo exige que el acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que se cuestiona *‘en forma actual o inminente*, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes de la Nación, la presente Constitución, las leyes dictadas en su consecuencia y los tratados interjurisdiccionales en los que la Ciudad sea parte’. (...) La solución que propicio —que no hace sino aplicación directa de las reglas que el art. 14 de la CCBA fija al amparo— no importa modificar la posición que respecto de este proceso constitucional he asumido en otras causas (v. gr., ‘Gottschau, Evelyn Patrizia c/Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo s/recurso de queja’, expte. n° 361/00, resolución del 20/6/2000, en *CyJ, Fallos TSJBA*, II-2000, pp. 154 y ss.; ‘Sandez, Carlos Armando c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo s/recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad’, expte. n° 482/00, resolución del 29/11/2000, en *CyJ*,

Fallos TSJBA, II-2000, pp. 417 y ss.; ‘Vera, Miguel Ángel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo s/recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad’, expte. n° 843/01, resolución del 4/5/2001, en *CyJ, Fallos TSJBA*, III-2001, pp. 200 y ss.; ‘Araldi, Liliana A. c/Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad Legislatura’, expte. n° 872/00, resolución de 10/8/2001, en *CyJ, Fallos TSJBA*, III-2001, pp. 468 y ss.).

Tampoco les impide a los amparistas promover, frente a nuevas situaciones que eventualmente afecten las prestaciones previstas en los programas asistenciales que los benefician —situaciones que por el momento son exclusivamente conjeturales— los procesos judiciales que estimen pertinentes”.

4. El dec. 97/05 (de 28/1/2005, *BOCBA* n° 2119), dictado con posterioridad a la sentencia de la Cámara impugnada a través del recurso de inconstitucionalidad cuya denegatoria motivó esta queja (de fecha 14/7/2004), tampoco tiene aptitud suficiente para modificar las consideraciones que efectuó en los apartados precedentes.

5. Por las razones señaladas voto por rechazar la queja.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

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

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

El voto de mi colega, la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, expone clara y sintéticamente las razones por las cuales la recurrente no logra articular un caso constitucional en los términos del art. 27 de la L.P.T. En particular, comparto el criterio interpretativo que ella aplica para decidir, concordantemente con las decisiones de primera instancia y de la Cámara, que la pretensión de los actores devino abstracta, puesto que los decs. 895/02 y 1234/04 pusieron fin al riesgo de su desalojo. Básicamente, el voto de la señora jueza Ruiz reitera —de manera personal—los argumentos originariamente receptados por este Tribunal en “Jasmín, José Alberto y otros c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA] s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (expte. n° 2282/03, resolución del 1/10/03) y, recientemente, en “Vidal, Sonia Miriam y otros c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA] s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (expte. n° 3274/04, sentencia del 13/4/2005). En consecuencia, de acuerdo con los dictámenes del fiscal general adjunto y del asesor general tutelar, voto por rechazar la queja.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el doctor Luis F. Lozano, en cuanto entiende que la cuestión traída a este estrado se ha tornado abstracta, todo

ello por remisión a los precedentes “Jasmín, José Alberto y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 2282/03, sentencia del 1°/10/2003 y “Vidal, Sonia Miriam y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, sentencia del 13/4/2005.

En tales condiciones, corresponde rechazar la presente queja.

Así lo voto

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

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Rechazar* la queja interpuesta por Hilda Julia Molina, a fs. 2/24.

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

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

LXXXVIII

“RIDELLA, ROXANA ANDREA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘RIDELLA, ROXANA ANDREA C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)’”

RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad. Caso constitucional. Invocación genérica de garantías constitucionales. Cuestiones de hecho y de prueba. Planes y programas habitacionales. Prestación. Desalojo. Cuestión abstracta

Expte. n° 3831/05 - 10/8/2005

VISTO:

El expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. Roxana Andrea Ridella, con el patrocinio de la defensora general adjunta y del defensor ante los juzgados de Primera Instancia en lo Con-

tencioso Administrativo y Tributario, inició una acción de amparo a fin de que el Gobierno de la Ciudad:

- a) cese en su determinación de finalizar planes y programas habitacionales de los cuales la amparista es beneficiaria,
- b) se abstenga de transferirles la gestión y la responsabilidad de la prestación, y
- c) haga cumplir en el hotel donde se encuentra alojada con su grupo familiar la normativa vigente en materia de habilitaciones y verificaciones (fs. 1/14 vta., autos principales y, en particular, petitorio, fs. 14/14 vta.).

2. El juez de primera instancia consideró que el dec. 895/02, publicado el 13/8/2002, satisfizo el objeto principal de la pretensión esgrimida por la actora en la demanda. En consecuencia, declaró abstracto parcialmente el amparo en cuanto se refiere al mantenimiento de la asistencia habitacional de la actora y su grupo familiar, hizo lugar también parcialmente a la acción y ordenó al GCBA que “disponga lo necesario para que la actora y su grupo familiar sean alojados en un lugar adecuado a sus necesidades” (fs. 378/383, autos principales).

3. La actora y el Gobierno de la Ciudad interpusieron sendos recursos de apelación contra la sentencia (fs. 386/395 y 396/422 vta. del expediente principal, respectivamente).

La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario resolvió rechazar ambos recursos y confirmar la sentencia recurrida en todo lo que fue motivo de apelación y agravios (fs. 443/444, autos principales).

4. Contra esa decisión, la actora dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 449/477 vta. del expediente principal) que fue denegado por la alzada (fs. 496 y vta., autos principales).

5. Este rechazo motivó el planteo de una queja ante el tribunal (fs. 3/24 vta.).

6. Tanto el fiscal general adjunto como el asesor general tutelar postulan, en sus respectivos dictámenes (fs. 33/35 vta. y 37/39 vta.), que se desestime la queja interpuesta.

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

- I. La queja fue interpuesta en tiempo y forma (art. 33, ley 402).

2. El recurso de inconstitucionalidad fue correctamente denegado por la Cámara.

El principal fundamento con el que el tribunal *a quo* desestimó el recurso de inconstitucionalidad reside en que los argumentos expuestos por la actora no son adecuados para configurar un caso constitucional. El tribunal señaló que no está en debate actualmente la recta interpretación de la Constitución en lo relativo al derecho a la vivienda, que la controversia se centra en discrepar con la decisión que declaró parcialmente abstracta la cuestión y que sobre este punto no se ha planteado un genuino caso constitucional.

Tal afirmación es correcta. En efecto, en el recurso de inconstitucionalidad se invoca, de forma genérica, la violación de los arts. 31 de la CCBA y 14 bis de la C.N. y los tratados internacionales de derechos humanos con rango constitucional. Sin embargo, estas normas no guardan relación directa con las cuestiones debatidas en la causa.

3. Tanto en el recurso de inconstitucionalidad como en la queja, la recurrente cuestiona las decisiones de las instancias inferiores que declararon parcialmente abstracta la acción de amparo.

Ahora bien, para determinar esta cuestión no es necesario interpretar o aplicar las normas constitucionales invocadas, sino analizar circunstancias de hecho y de derecho infraconstitucional ajenas a esta instancia de excepción. Tan es así, que la propia recurrente centra la discusión en esclarecer el alcance de la expresión “permanecer en la actual situación” utilizada por el dec. 895/02 para, de esa manera, determinar si se encuentra o no satisfecha la pretensión esgrimida en la demanda.

Al respecto, y más allá de reiterar que esa cuestión no plantea un caso constitucional, debe recordarse que el tribunal en la causa “Jasmín, José Alberto y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 2282/03, resolución de 1/10/2003, señaló que:

“...el art. 26 del citado decreto [el 895/02] no ha derogado la prestación ‘Pago de hotel por 15 días’ prevista en el ‘Programa para las familias sin techo’, que está incluido en el ‘Programa integrador para personas y grupos familiares que carecen de vivienda y permanecen en la calle’, que como Anexo I aprobó el dec. 607/97. El art. 26 del dec. 895/02 sólo dispuso la *pérdida de vigencia del plazo de quince días por el que se brindaba la prestación*. La interpretación sistemática del decreto permite fundar esta afirmación, pues el art. 19 establece que ‘aquellos beneficiarios de los programas preexistentes que se encuentren alojados en hoteles, podrán optar por permanecer en la actual situación o acogerse al régimen estable-

cido por el presente decreto'. *La referencia a 'la actual situación' hace alusión a la situación fáctica y normativa, es decir a su alojamiento conforme al programa prestacional por el que eran asistidos a la fecha del dictado del nuevo decreto. De tal manera, el egreso de esos programas sólo puede disponerse una vez cumplidos los objetivos generales y especiales previstos en tales programas.* Como puede verse, el peligro de desalojo intempestivo que motivó el amparo ha cesado" (el destacado no pertenece al texto original).

Asimismo, el tribunal sostuvo en ese fallo que "[e]l objeto pretendido en este amparo se agotó: la asistencia habitacional se mantiene por vía de subsidio, o de alojamiento en hoteles, para los beneficiarios originales del dec. 607/97 (...) [n]inguna de las consecuencias accesorias que plantea la demanda, a raíz de lo dispuesto por las normas indicadas, requiere mayores precisiones de una sentencia judicial. La forma en que las autoridades de aplicación ejecuten los programas bajo análisis, las dificultades que en su curso se presenten y los posibles planteos que al respecto puedan formular los interesados exceden el ámbito del amparo por revestir el carácter de presunciones o meras hipótesis sin virtud para configurar el daño actual o inminente que subsana o previene el amparo ante supuestas situaciones de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta".

4. Por lo demás, cabe señalar que no resulta aplicable al caso la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia —citada por la recurrente— referida a la necesidad de dictar sentencia en casos que tratan sobre derechos fundamentales, cuando es presumible que la lesión constitucional se reiterará y, nuevamente, la respuesta judicial será tardía.

En primer lugar, dicha doctrina es aplicada por la Corte cuando ella debe resolver si un asunto sometido a su decisión mantiene o no mantiene actualidad y, en cambio, no es aplicada para revisar una sentencia de otro tribunal que declaró abstracto un asunto. Además, debe recordarse que el criterio jurisprudencial invocado tiene en cuenta la necesidad de dar operatividad a la garantía de protección judicial efectiva. Sin embargo, no se advierte que, en las actuales circunstancias de la estructura normativa y organizacional de la justicia local, la actora pueda quedar sin protección jurisdiccional frente a alguna actuación del Estado que ella considere lesiva de su derecho a la vivienda digna o a la protección estatal.

5. Finalmente, la recurrente plantea en la queja que el Gobierno local ha dictado dos decretos (1234/04 y 97/05) con posterioridad a la interposición del recurso de inconstitucionalidad que afectarían su situación. Afirma que ellos incrementan su incertidumbre respecto de la posibilidad de ser alojada en hoteles, a costa del Gobierno, ya que las nuevas reglas

tenderían a suprimir la prestación de pago del hotel y a sustituirla por otra forma de asistencia estatal a la crisis de vivienda que aqueja a la actora.

Resulta aplicable a este aspecto de la queja aquello que se dejó señalado en el caso “Jasmín”, ya citado:

“El pronunciamiento de la Cámara que, al cotejar la demanda con las normas dictadas con posterioridad a la iniciación del proceso, consideró que el dec. 895/02 puso fin al riesgo de desalojo de los actores —situación que motivó la interposición del amparo— *no les impide a ellos promover, frente a nuevas situaciones que afecten las prestaciones previstas en los programas asistenciales que los benefician (...) los procesos judiciales que estimen pertinentes. El objeto pretendido en este amparo se agotó...*” (sin destacar en el texto citado).

La ponderación de la incidencia de esas normas en los derechos e intereses de la actora deberá canalizarse por la vía adecuada —que no es, precisamente, la queja que ahora se decide— ante el tribunal competente —que tampoco es este estrado— y por vía de una afirmación, no tan sólo de una suposición.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez Julio B. J. Maier.

La jueza ALICIA E. C. Ruiz dijo:

1. La queja interpuesta por la Sra. Roxana Andrea Ridella no puede prosperar. Si bien cumple con los requisitos de tiempo y forma (art. 33, L.P.T.), pese al destacable esfuerzo argumental de la quejosa, no revisten actualidad los agravios que construye en torno a la afectación del estándar mínimo del derecho a la vivienda. En ese contexto, el recurso no logra presentar un caso constitucional en los términos del art. 27 de la L.P.T.

2. Durante el desarrollo del proceso el Gobierno dictó los decs. 895/02 y 1234/04 y aprobó las disposiciones que regulan el otorgamiento del subsidio para familias en situación de calle, previsto en el dec. 895/02, a través de la resol. 193 de la Secretaría de Desarrollo Social de fecha 16/8/2002.

Estas normas pusieron fin al riesgo de desalojo de los actores y tornaron abstracta su pretensión dirigida a reclamar, conforme el petitorio de la demanda (fs. 1/19), que la justicia ordenase al Gobierno de la Ciudad que:

“6) Oportunamente, se haga lugar a la acción de amparo, ordenándose al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que:

1) Cese en su determinación públicamente comunicada a los beneficiarios, consistente en finalizar los planes/programas sociales

cuyas prestaciones de carácter habitacional usufrutuamos en los hospedajes dispuestos a tal fin, por carecer absolutamente de medios para satisfacer la necesidad primaria de vivienda para el grupo familiar, hasta tanto se compruebe el estricto y definitivo cumplimiento de los objetivos generales y específicos de los programas en los que ingresamos originalmente y a raíz de ello que el egreso de los mentados programas sea efectuado una vez que se haya evaluado, caso por caso, de manera efectiva, concreta y pormenorizada el cumplimiento de aquellos objetivos.

- 2) Se abstenga asimismo el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires de transferir a los beneficiarios la gestión y responsabilidad de la prestación, al disponer el trato directo con los titulares de los hospedajes y en su caso la entrega de los cheques/valores respectivos, manteniendo la contratación por cuenta y cargo, hasta tanto se provea la solución habitacional definitiva.
- 3) Haga cumplir en el hotel donde somos alojados la normativa vigente en materia de habilitaciones y verificaciones”.

La Sala I de la CCAyT asumió el nuevo estado de situación existente a partir del dictado de las normas indicadas más arriba, y ello explica el sentido de su decisión (fs. 443/444. autos principales).

3. En casos análogos al que se trata en estas actuaciones, el tribunal rechazó los recursos de inconstitucionalidad habilitados por la Cámara. En otros, más recientes, declaró mal concedida esa vía recursiva. Los argumentos que utilizara al pronunciarme tanto unos como en otros, coinciden con los que expusiera en párrafos anteriores y fundan adecuadamente mi voto.

Reitero lo que sostuve al votar en “Vidal, Sonia Miriam y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 3274/04, resolución de 13/4/2005.

“Me remito a lo que dijera el tribunal en “Jasmín, José Alberto y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 2282/03, resolución de 1/10/2003, ‘[e]l objeto pretendido en este amparo se agotó: la asistencia habitacional se mantiene por vía de subsidio, o de alojamiento en hoteles, para los beneficiarios originales del dec. 607/97. En tal sentido, el tribunal ya ha dicho que la nueva normativa ‘establece un régimen especial para aquellas personas que decidan seguir alojándose en hoteles’ (expte. n° 1607/02, ‘Ríos Álvarez, Gualberto Felipe c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido’, resolución del 1/11/2002, entre muchos otros). Para estos últimos, además, la continuidad en el goce del beneficio es auto-

mática, si no optan por acogerse al sistema organizado por el dec. 895/02 (resol. SDS-193/02, art. 8°); la renovación del beneficio se supedita a la presentación de una declaración jurada, y el egreso depende de evaluación a cargo de la Unidad de Gestión vía integración de proyectos comunitarios, la incorporación a operatorias vigentes o la radicación en otras jurisdicciones (resol. SDS-193/02, arts. 9° y 13). Por su parte los hoteles prestadores, tanto los anteriores para mantener su condición y los nuevos para acceder a esa situación, quedan sometidos a las medidas de control dispuestas por el dec. 895/02 y sus normas reglamentarias (art. 21 del decreto y arts. 3°/7° resol. SDS-193/02 y resol. SDS-216/02)’.

Como indiqué al votar en las causas “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Morini, Elsa Erlinda c/GCBA s/amparo (art. 14 CCBA)’”, “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Mantovano, Carlos Alberto y otros c/GCBA s/amparo (art. 14 CCBA)’” y “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Pons, Sandra C. y otros c/GCBA s/amparo (art. 14 CCBA)’”, resoluciones de 16/12/2004, ‘el art. 14 de la CCBA que regula el amparo exige que el acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que se cuestiona ‘en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes de la Nación, la presente Constitución, las leyes dictadas en su consecuencia y los tratados interjurisdiccionales en los que la Ciudad sea parte’. (...) La solución que propicio —que no hace sino aplicación directa de las reglas que el art. 14 de la CCBA fija al amparo— no importa modificar la posición que respecto de este proceso constitucional he asumido en otras causas (v. gr., ‘Gottschau, Evelyn Patrizia c/Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo s/recurso de queja’, expte. n° 361/00, resolución de 20/6/2000, en *CyJ, Fallos TSJBA*, II-2000, pp. 154 y ss.; ‘Sandez, Carlos Armando c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo s/recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad’, expte. n° 482/00, resolución de 29/11/2000, en *CyJ, Fallos TSJBA*, II-2000, pp. 417 y ss.; ‘Vera, Miguel Ángel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo s/recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad’, expte. n° 843/01, resolución de 4/5/2001, en *CyJ, Fallos TSJBA*, III-2001, pp. 200 y ss.; ‘Araldi, Liliana A. c/Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/amparo — s/recurso de inconstitucionalidad Legislatura’, expte. n° 872/00, resolución de 10/8/2001, en *CyJ, Fallos TSJBA*, III-2001, pp. 468 y ss.).

Tampoco les impide a los amparistas promover, frente a nuevas situaciones que eventualmente afecten las prestaciones previstas en los pro-

gramas asistenciales que los benefician —situaciones que por el momento son exclusivamente conjeturales— los procesos judiciales que estimen pertinentes”.

4. El dec. 97/05 (BOCBA n° 2119 del 28/1/2005), dictado con posterioridad a la sentencia de la Cámara impugnada a través del recurso de inconstitucionalidad cuya denegatoria motivó esta queja (de fecha 17/2/2005), tampoco tiene aptitud suficiente para modificar las consideraciones que efectuó en los apartados precedentes.

5. Por las razones señaladas voto por rechazar la queja de fs. 3/24 vta.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. El caso aquí planteado es análogo al resuelto por este Tribunal *in re* “Jasmín, José Alberto y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 2282/03, resolución de 1/10/2003. Ya en aquella oportunidad, este Tribunal estimó que la cuestión se había tornado abstracta. Más precisamente, dijo que “[...] el art. 26 del citado decreto [el 895/02] no ha derogado la prestación ‘Pago de hotel por 15 días’ prevista en el ‘Programa para las familias sin techo’, que está incluido en el ‘Programa integrador para personas y grupos familiares que carecen de vivienda y permanecen en la calle’, que como Anexo I aprobó el dec. 607/97. El art. 26 del dec. 895/02 sólo dispuso *la pérdida de vigencia del plazo de quince días por el que se brindaba la prestación*. La interpretación sistemática del decreto permite fundar esta afirmación, pues el art. 19 establece que ‘aquellos beneficiarios de los programas preexistentes que se encuentren alojados en hoteles, podrán optar por permanecer en la actual situación o acogerse al régimen establecido por el presente decreto’. La referencia a ‘la actual situación’ hace alusión a la situación fáctica y normativa, es decir a su alojamiento conforme al programa prestacional por el que eran asistidos a la fecha del dictado del nuevo decreto. De tal manera, el egreso de esos programas sólo puede disponerse una vez cumplidos los objetivos generales y especiales previstos en tales programas.

Como puede verse, el peligro de desalojo intempestivo que motivó el amparo ha cesado”.

Asimismo, sostuvo en ese fallo que “[n]inguna de las consecuencias accesorias que plantea la demanda, a raíz de lo dispuesto por las normas indicadas, requiere mayores precisiones de una sentencia judicial. La forma en que las autoridades de aplicación ejecuten los programas bajo análisis, las dificultades que en su curso se presenten y los posibles planteos que al respecto puedan formular los interesados exceden el ámbito del amparo por revestir el carácter de presunciones o meras hipótesis sin virtud

para configurar el daño actual o inminente que subsana o previene el amparo ante supuestas situaciones de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta”.

2. Toda vez que este Tribunal ya se ha expedido en el sentido descripto, y la quejosa no ha esbozado nuevos argumentos que conmuevan el criterio sentado, la cuestión planteada puede ser considerada como insustancial pues está ya resuelta en el citado precedente. (conf. art. 30, ley 402)

3. Finalmente, cualquiera sea la razón que asista a la quejosa acerca del impacto que los decs. 1234/04 y 97/05 tengan sobre sus derechos, lo cierto es que la queja es contra la denegatoria de un recurso de inconstitucionalidad que no contenía agravio con ese alcance, cosa por lo demás imposible, porque los decretos fueron promulgados con posterioridad. A su vez, aun cuando las argumentaciones que en esos decretos apoya, hubieran sido incluidas en el citado recurso de inconstitucionalidad, lo cierto es que ellas no constituyen una impugnación dirigida contra la sentencia que se pretende revertir, sino cuestionamientos que ya no puede la quejosa añadir a un proceso agotado.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el doctor Julio B. J. Maier, en cuanto entiende que la cuestión traída a este estrado se ha tornado abstracta, todo ello por remisión a los precedentes “Jasmín, José Alberto y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 2282/03, sentencia del 1º/10/2003 y “Vidal, Sonia Miriam y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, sentencia del 13/4/2005.

En tales condiciones, corresponde rechazar la presente queja.

Así lo voto.

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

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja interpuesta por Roxana Andrea Ridella, a fs. 3/24 vta.

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

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

LXXXIX

“MARTORELLI, MARTA SOLEDAD S/QUEJA
POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO,
EN: ‘MARTORELLI, MARTA SOLEDAD C/GCBA
S/AMPARO (ART. 14, CCBA)’”

**RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad. Caso constitucional.
Invocación genérica de garantías constitucionales.
Cuestiones de hecho y de prueba. Planes y programas
habitacionales. Prestación. Desalojo. Cuestión abstracta**

Expte. nº 3829/05 - 10/8/2005

VISTO:

El expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. Marta Soledad Martorelli, Patricia Mónica Gerbaudo e Irma Mirta Gutiérrez, con el patrocinio de la defensora general adjunta y del defensor ante los Juzgados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario, iniciaron una acción de amparo a fin de que el Gobierno de la Ciudad:

- a) cese en su determinación de finalizar planes y programas habitacionales de los cuales las amparistas son beneficiarias;
- b) se abstenga de transferirles la gestión y la responsabilidad de la prestación y
- c) haga cumplir en el hotel donde se encuentran alojadas con su grupo familiar la normativa vigente en materia de habilitaciones y verificaciones (fs. 1/14vta., autos principales y, en particular, petitorio, fs. 14/14 vta.).

2. La jueza de primera instancia consideró que el dec. 895/02, publicado el 13/8/2002, satisfizo el objeto principal de la pretensión esgrimida por las actoras en la demanda y que, a través de las resols. 193/02, 216/02 y 200/02 de la Secretaría de Desarrollo Social, se ha previsto un estricto control sobre los establecimientos involucrados y sobre las condiciones de alojamiento. En consecuencia, declaró abstracto el objeto de esta acción, con costas en el orden causado (fs. 333/337, autos principales).

3. Las actoras y la asesora general adjunta interpusieron sendos recursos de apelación contra la sentencia (fs. 338/348 vta. y 353/356 del expediente principal, respectivamente).

La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario resolvió confirmar la sentencia recurrida en todo lo que fue motivo de apelación y agravios (fs. 375/376, autos principales).

4. Contra esa decisión, las actoras, Marta Soledad Martorelli e Irma Mirta Gutiérrez, y el asesor tutelar dedujeron recurso de inconstitucionalidad (fs. 379/413 y 427/433 del expediente principal, respectivamente) que fueron denegados por la alzada (fs. 451 y vta., autos principales).

5. Frente a este rechazo, únicamente la actora, Marta Soledad Martorelli, interpuso una queja ante el Tribunal (fs. 2/25 vta.).

6. Tanto el fiscal general adjunto como el asesor general tutelar postulan, en sus respectivos dictámenes (fs. 32/34 vta. y 36/38 vta.), que se desestime la queja interpuesta.

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. La queja fue interpuesta en tiempo y forma (art. 33, ley 402).

2. El recurso de inconstitucionalidad fue correctamente denegado por la Cámara.

El principal fundamento con el que el tribunal *a quo* desestimó el recurso de inconstitucionalidad reside en que los argumentos expuestos por la actora no son adecuados para configurar un caso constitucional. El tribunal señaló que no está en debate actualmente la recta interpretación de la Constitución en lo relativo al derecho a la vivienda, que la controversia se centra en discrepar con la decisión que declaró parcialmente abstracta la cuestión y que sobre este punto no se ha planteado un genuino caso constitucional.

Tal afirmación es correcta. En efecto, en el recurso de inconstitucionalidad se invoca, de forma genérica, la violación de los arts. 31 de la CCBA y 14 bis de la C.N. y los tratados internacionales de derechos humanos con rango constitucional. Sin embargo, estas normas no guardan relación directa con las cuestiones debatidas en la causa.

3. Tanto en el recurso de inconstitucionalidad como en la queja, la recurrente cuestiona las decisiones de las instancias inferiores que declararon abstracta la acción de amparo.

Ahora bien, para determinar esta cuestión no es necesario interpretar o aplicar las normas constitucionales invocadas, sino analizar circunstancias de hecho y de derecho infraconstitucional ajenas a esta instancia de excepción. Tan es así, que la propia recurrente centra la discusión en esclarecer el alcance de la expresión “permanecer en la actual situación” utilizada por el dec. 895/02 para, de esa manera, determinar si se encuentra o no satisfecha la pretensión esgrimida en la demanda.

Al respecto, y más allá de reiterar que esa cuestión no plantea un caso constitucional, debe recordarse que el tribunal en la causa “Jasmín, José Alberto y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 2282/03, resolución de 1/10/2003, señaló que:

“El art. 26 del citado decreto [el 895/02] no ha derogado la prestación ‘Pago de hotel por 15 días’ prevista en el ‘Programa para las familias sin techo’, que está incluido en el ‘Programa integrador para personas y grupos familiares que carecen de vivienda y permanecen en la calle’, que como Anexo I aprobó el dec. 607/97. El art. 26 del dec. 895/02 sólo dispuso *la pérdida de vigencia del plazo de quince días por el que se brindaba la prestación*. La interpretación sistemática del decreto permite fundar esta afirmación, pues el art. 19 establece que ‘aquellos beneficiarios de los programas preexistentes que se encuentren alojados en hoteles, podrán optar por permanecer en la actual situación o acogerse al régimen establecido por el presente decreto’. *La referencia a ‘la actual situación’ hace alusión a la situación fáctica y normativa, es decir a su alojamiento conforme al programa prestacional por el que eran asistidos a la fecha del dictado del nuevo decreto. De tal manera, el egreso de esos programas sólo puede disponerse una vez cumplidos los objetivos generales y especiales previstos en tales programas*. Como puede verse, el peligro de desalojo intempestivo que motivó el amparo ha cesado” (el destacado no pertenece al texto original).

Asimismo, el tribunal sostuvo en ese fallo que “[e]l objeto pretendido en este amparo se agotó: la asistencia habitacional se mantiene por vía de subsidio, o de alojamiento en hoteles, para los beneficiarios originales del dec. 607/97 (...) [n]inguna de las consecuencias accesorias que plantea la demanda, a raíz de lo dispuesto por las normas indicadas, requiere mayores precisiones de una sentencia judicial. La forma en que las autoridades de aplicación ejecuten los programas bajo análisis, las dificultades que en su curso se presenten y los posibles planteos que al respecto puedan formular los interesados exceden el ámbito del amparo por revestir el carácter de presunciones o meras hipótesis sin virtud para configurar

el daño actual o inminente que subsana o previene el amparo ante supuestas situaciones de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta”.

4. Por lo demás, cabe señalar que no resulta aplicable al caso la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia —citada por la recurrente— referida a la necesidad de dictar sentencia en casos que tratan sobre derechos fundamentales, cuando es presumible que la lesión constitucional se reiterará y, nuevamente, la respuesta judicial será tardía.

En primer lugar, dicha doctrina es aplicada por la Corte cuando ella debe resolver si un asunto sometido a su decisión mantiene o no mantiene actualidad y, en cambio, no es aplicada para revisar una sentencia de otro tribunal que declaró abstracto un asunto. Además, debe recordarse que el criterio jurisprudencial invocado tiene en cuenta la necesidad de dar operatividad a la garantía de protección judicial efectiva. Sin embargo, no se advierte que, en las actuales circunstancias de la estructura normativa y organizacional de la justicia local, la actora pueda quedar sin protección jurisdiccional frente a alguna actuación del Estado que ella considere lesiva de su derecho a la vivienda digna o a la protección estatal.

5. Finalmente, la recurrente plantea en la queja que el Gobierno local ha dictado dos decretos (1234/04 y 97/05) con posterioridad a la interposición del recurso de inconstitucionalidad que afectarían su situación. Afirma que ellos incrementan su incertidumbre respecto de la posibilidad de ser alojada en hoteles, a costa del Gobierno, ya que las nuevas reglas tenderían a suprimir la prestación de pago del hotel y a sustituirla por otra forma de asistencia estatal a la crisis de vivienda que aqueja a la actora.

Resulta aplicable a este aspecto de la queja aquello que se dejó señalado en el caso “Jasmín”, ya citado:

“El pronunciamiento de la Cámara que, al cotejar la demanda con las normas dictadas con posterioridad a la iniciación del proceso, consideró que el dec. 895/02 puso fin al riesgo de desalojo de los actores —situación que motivó la interposición del amparo— *no les impide a ellos promover, frente a nuevas situaciones que afecten las prestaciones previstas en los programas asistenciales que los benefician (...) los procesos judiciales que estimen pertinentes. El objeto pretendido en este amparo se agotó...*” (sin destacar en el texto citado).

La ponderación de la incidencia de esas normas en los derechos e intereses de la actora deberá canalizarse por la vía adecuada —que no es, precisamente, la queja que ahora se decide— ante el tribunal competente —que tampoco es este estrado— y por vía de una afirmación, no tan sólo de una suposición.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez Julio B. J. Maier.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La queja interpuesta por la Sra. Marta Soledad Martorelli no puede prosperar. Si bien cumple con los requisitos de tiempo y forma (art. 33, L.P.T.), pese al destacable esfuerzo argumental de la quejosa, no revisten actualidad los agravios que construye en torno a la afectación del estándar mínimo del derecho a la vivienda. En ese contexto, el recurso no logra presentar un caso constitucional en los términos del art. 27 de la L.P.T.

2. Durante el desarrollo del proceso el Gobierno dictó los decs. 895/02 y 1234/04 y aprobó las disposiciones que regulan el otorgamiento del subsidio para familias en situación de calle, previsto en el dec. 895/02, a través de la resol. 193 de la Secretaría de Desarrollo Social de fecha 16/8/2002.

Estas normas pusieron fin al riesgo de desalojo de los actores y tornaron abstracta su pretensión dirigida a reclamar, conforme el petitorio de la demanda (fs. 14, autos principales), que la justicia ordenase al Gobierno de la Ciudad que:

“6) Oportunamente, se haga lugar a la acción de amparo, ordenándose al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que:

- 1) Cese en su determinación públicamente comunicada a los beneficiarios, consistente en finalizar los planes/programas sociales cuyas prestaciones de carácter habitacional usufructuamos en los hospedajes dispuestos a tal fin, por carecer absolutamente de medios para satisfacer la necesidad primaria de vivienda para el grupo familiar, hasta tanto se compruebe el estricto y definitivo cumplimiento de los objetivos generales y específicos de los programas en los que ingresamos originalmente y a raíz de ello que el egreso de los mentados programas sea efectuado una vez que se haya evaluado, caso por caso, de manera efectiva, concreta y pormenorizada el cumplimiento de aquellos objetivos.
- 2) Se abstenga asimismo el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires de transferir a los beneficiarios la gestión y responsabilidad de la prestación, al disponer el trato directo con los titulares de los hospedajes y en su caso la entrega de los cheques/valores respectivos, manteniendo la contratación por cuenta y cargo, hasta tanto se provea la solución habitacional definitiva.
- 3) Haga cumplir en el hotel donde somos alojados la normativa vigente en materia de habilitaciones y verificaciones”.

La Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario asumió el nuevo estado de situación existente a partir del dictado de las normas indicadas más arriba, y ello explica el sentido de su decisión (fs. 375/376, autos principales).

3. En casos análogos al que se trata en estas actuaciones, el tribunal rechazó los recursos de inconstitucionalidad habilitados por la Cámara. En otros, más recientes, declaró mal concedida esa vía recursiva. Los argumentos que utilizara al pronunciarme tanto unos como en otros, coinciden con los que expusiera en párrafos anteriores y fundan adecuadamente mi voto.

Reitero lo que sostuve al votar en “Vidal, Sonia Miriam y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 3274/04, resolución de 13/4/2005.

“Me remito a lo que dijera el tribunal en “Jasmín, José Alberto y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 2282/03, resolución de 1/10/2003, [e]l objeto pretendido en este amparo se agotó: la asistencia habitacional se mantiene por vía de subsidio, o de alojamiento en hoteles, para los beneficiarios originales del dec. 607/97. En tal sentido, el tribunal ya ha dicho que la nueva normativa ‘establece un régimen especial para aquellas personas que decidan seguir alojándose en hoteles’ (expte. n° 1607/02, ‘Ríos Álvarez, Gualberto Felipe c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido’, resolución del 1/11/2002, entre muchos otros). Para estos últimos, además, la continuidad en el goce del beneficio es automática, si no optan por acogerse al sistema organizado por el dec. 895/02 (resol. SDS-193/02, art. 8°); la renovación del beneficio se supedita a la presentación de una declaración jurada, y el egreso depende de evaluación a cargo de la Unidad de Gestión vía integración de proyectos comunitarios, la incorporación a operatorias vigentes o la radicación en otras jurisdicciones (resol. SDS-193/02, arts. 9° y 13). Por su parte los hoteles prestadores, tanto los anteriores para mantener su condición y los nuevos para acceder a esa situación, quedan sometidos a las medidas de control dispuestas por el dec. 895/02 y sus normas reglamentarias (art. 21 del decreto y arts. 3/7 resol. SDS-193/02 y resol. SDS-216/02)’.

Como indiqué al votar en las causas “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Morini, Elsa Erlinda c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”, “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Mantovano, Carlos Alberto y otros c/GCBA s/amparo (art. 14 CCBA)’” y “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Pons, Sandra C. y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”,

resoluciones de 16/12/2004, ‘el art. 14 de la CCBA que regula el amparo exige que el acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que se cuestiona ‘*en forma actual o inminente*, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes de la Nación, la presente Constitución, las leyes dictadas en su consecuencia y los tratados interjurisdiccionales en los que la Ciudad sea parte’. (...) La solución que propicio —que no hace sino aplicación directa de las reglas que el art. 14 de la CCBA fija al amparo— no importa modificar la posición que respecto de este proceso constitucional he asumido en otras causas (v. gr. ‘Gottschau, Evelyn Patrizia c/Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo s/recurso de queja’, expte. n° 361/00, resolución del 20/6/2000, en *CyJ, Fallos TSJBA*, II-2000, pp. 154 y ss.; ‘Sandez, Carlos Armando c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo s/recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad’, expte. n° 482/00, resolución de 29/11/2000, en *CyJ, Fallos TSJBA*, II-2000, pp. 417 y ss.; ‘Vera, Miguel Ángel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo s/recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad’, expte. n° 843/01, resolución de 4/5/2001, en *CyJ, Fallos TSJBA*, III-2001, p. 200 y ss.; ‘Araldi, Liliana A. c/Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad Legislatura’, expte. n° 872/00, resolución del 10/8/2001, en *CyJ, Fallos TSJBA*, III-2001, pp. 468 y ss.).

Tampoco les impide a los amparistas promover, frente a nuevas situaciones que eventualmente afecten las prestaciones previstas en los programas asistenciales que los benefician —situaciones que por el momento son exclusivamente conjeturales— los procesos judiciales que estimen pertinentes”’.

4. El dec. 97/05 (*BOCBA* n° 2119 del de 28/1/2005), dictado con posterioridad a la sentencia de la Cámara impugnada a través del recurso de inconstitucionalidad cuya denegatoria motivó esta queja (de fecha 17/2/2005), tampoco tiene aptitud suficiente para modificar las consideraciones que efectuó en los apartados precedentes.

5. Por las razones señaladas voto por rechazar la queja de fs. 2/25 vta.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. El caso aquí planteado es análogo al resuelto por este Tribunal *in re* “Jasmín, José Alberto y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 2282/03, resolución de 1°/10/2003. Ya en aquella oportunidad, este Tribunal estimó que la cues-

tión se había tornado abstracta. Más precisamente, dijo que “[...] el art. 26 del citado decreto [el 895/02] no ha derogado la prestación ‘Pago de hotel por 15 días’ prevista en el ‘Programa para las familias sin techo’, que está incluido en el ‘Programa integrador para personas y grupos familiares que carecen de vivienda y permanecen en la calle’, que como Anexo I aprobó el dec. 607/97. El art. 26 del dec. 895/02 sólo dispuso *la pérdida de vigencia del plazo de quince días por el que se brindaba la prestación*. La interpretación sistemática del decreto permite fundar esta afirmación, pues el art. 19 establece que ‘aquellos beneficiarios de los programas preexistentes que se encuentren alojados en hoteles, podrán optar por permanecer en la actual situación o acogerse al régimen establecido por el presente decreto’. La referencia a ‘la actual situación’ hace alusión a la situación fáctica y normativa, es decir a su alojamiento conforme al programa prestacional por el que eran asistidos a la fecha del dictado del nuevo decreto. De tal manera, el egreso de esos programas sólo puede disponerse una vez cumplidos los objetivos generales y especiales previstos en tales programas.

Como puede verse, el peligro de desalojo intempestivo que motivó el amparo ha cesado”.

Asimismo, sostuvo en ese fallo que “[n]inguna de las consecuencias accesorias que plantea la demanda, a raíz de lo dispuesto por las normas indicadas, requiere mayores precisiones de una sentencia judicial. La forma en que las autoridades de aplicación ejecuten los programas bajo análisis, las dificultades que en su curso se presenten y los posibles planteos que al respecto puedan formular los interesados exceden el ámbito del amparo por revestir el carácter de presunciones o meras hipótesis sin virtud para configurar el daño actual o inminente que subsana o previene el amparo ante supuestas situaciones de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta”.

2. Toda vez que este Tribunal ya se ha expedido en el sentido descripto, y la quejosa no ha esbozado nuevos argumentos que conmuevan el criterio sentado, la cuestión planteada puede ser considerada como insustancial pues está ya resuelta en el citado precedente (conf. art. 30, ley 402).

3. Finalmente, cualquiera sea la razón que asista a la quejosa acerca del impacto que los decs. 1234/04 y 97/05 tengan sobre sus derechos, lo cierto es que las argumentaciones que en ellos apoya, no constituyen una impugnación dirigida contra la sentencia que se pretende revertir, sino cuestionamientos que ya no puede añadir a un proceso agotado.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el doctor Julio B. J. Maier, en cuanto entiende que la cuestión traída a este estrado se ha tornado abstracta, todo

ello por remisión a los precedentes “Jasmín, José Alberto y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 2282/03, sentencia del 1º/10/2003 y “Vidal, Sonia Miriam y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, sentencia del 13/4/2005.

En tales condiciones, corresponde rechazar la presente queja.

Así lo voto.

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

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja interpuesta por Marta Soledad Martorelli, a fs. 2/25 vta.

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

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

XC

“TOLEDO, JULIO CÉSAR S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘MÁRQUEZ, RODOLFO RAÚL C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)’”

RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad. Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires. Vías procesales. Legitimación procesal

Expte. n° 3841/05 - 10/8/2005

VISTO:

El expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

I. Rodolfo Raúl Márquez, Leonor Ángela Polarolo, Eduardo Vera y Julio César Toledo, con el patrocinio de la defensora general adjunta y del

defensor ante los juzgados de primera Instancia en lo contencioso administrativo y tributario, iniciaron una acción de amparo a fin de que el Gobierno de la Ciudad:

- a) cesara en su determinación de finalizar planes y programas habitacionales de los cuales los amparistas beneficiarios y
- b) se abstuviera de transferirles la gestión y la responsabilidad de la prestación (fs. 20/33, autos principales y, en particular, petitorio, fs. 32 vta./33).

2. La jueza de primera instancia consideró que el dec. 895/02, publicado el 13/8/2002, no ha implicado un cambio sustancial que impida resolver la cuestión de fondo debatida en autos y rechazó la solicitud de declarar abstracta la cuestión. En consecuencia, resolvió hacer lugar al amparo en los términos que surgen de la sentencia que obra a fs. 366 vta./367 de los autos principales.

3. El Gobierno de la Ciudad apeló la sentencia de primera instancia (fs. 375/387 del expediente principal).

La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario resolvió revocar la sentencia de primera instancia en cuanto hizo lugar a la acción de amparo, declaró abstracto el fondo de la cuestión y confirmó la sentencia en los puntos 4, 5 y 6 (fs. 414/415vta., autos principales).

4. Contra esa decisión, el asesor tutelar y la actora Leonor Ángela Polarolo dedujeron recursos de inconstitucionalidad (fs. 430/436 vta. y 439/464, respectivamente) que fueron denegados por la alzada (fs. 477 y vta., autos principales).

5. Frente al rechazo, Julio César Toledo plantea una queja ante el tribunal (fs. 2/22 vta.), en la que invocó los decs. 1234/04 y 97/05, dictados con posterioridad a la sentencia de Cámara.

6. Tanto el fiscal general adjunto como el asesor general tutelar postulan, en sus respectivos dictámenes (fs. 28/31 y 33/35 vta.), que se desestime la queja interpuesta.

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. 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, CCBA, art. 26, ley 7, y arts. 27 y 38, ley 402) (conf. el Tribunal *in re* “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).

En el caso, el Sr. Julio César Toledo no interpuso ninguno de los recursos que, al ser denegados, permiten acudir en queja ante el Tribunal. Por ello, carece de legitimación para plantear este recurso.

2. Aun cuando el quejoso hubiera aprovechado, ejerciendo la representación de sus hijos, del recurso instaurado en nombre, entre otros, de dichos menores por el asesor tutelar (fs. 430/436vta.), único supuesto en el que podría haber acudido en queja por denegatoria de recurso de inconstitucionalidad que no articuló él, sino el referido asesor tutelar, su presentación debe ser rechazada por no refutar adecuadamente los fundamentos con los que el *a quo* denegó el referido recurso. El principal fundamento con el que el tribunal *a quo* desestimó el recurso de inconstitucionalidad reside en que, los argumentos expuestos por la actora no son adecuados para configurar un caso constitucional. Señaló que no está en debate actualmente la recta interpretación de la Constitución en lo relativo al derecho a la vivienda, sino que los agravios no trasuntan más que una mera discrepancia con la aplicación de normas infraconstitucionales a los hechos estimados como probados y no una distinta interpretación de cláusulas constitucionales.

3. Tanto en el recurso de inconstitucionalidad como en la queja, la recurrente cuestiona las decisiones de las instancias inferiores que declararon abstracta la acción de amparo, configurando un caso análogo al resuelto *in re* “Vidal, Sonia Miriam y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 3274/04. En dicho precedente sostuve que la cuestión era insustancial (conf. art. 30, ley 402) toda vez que “[u]na cuestión análoga a la que llega a conocimiento de este Tribunal en estos autos ya fue resuelta por este Tribunal *in re* ‘Jasmín, José Alberto y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido’, expte. n° 2282/03, resolución de 1/10/2003. Ya en aquella oportunidad, este Tribunal estimó que la cuestión se había tornado abstracta. Más precisamente, dijo que ‘[...] el art. 26 del citado decreto [el 895/02] no ha derogado la prestación

‘Pago de hotel por 15 días’ prevista en el ‘Programa para las familias sin techo’, que está incluido en el ‘Programa integrador para personas y grupos familiares que carecen de vivienda y permanecen en la calle’, que como Anexo I aprobó el dec. 607/97. El art. 26 del dec. 895/02 sólo dispuso *la pérdida de vigencia del plazo de quince días por el que se brindaba la prestación*. La interpretación sistemática del decreto permite fundar esta afirmación, pues el art. 19 establece que ‘aquellos beneficiarios de los programas preexistentes que se encuentren alojados en hoteles, podrán optar por permanecer en la actual situación o acogerse al régimen establecido por el presente decreto’. La referencia a ‘la actual situación’ hace alusión a la situación fáctica y normativa, es decir a su alojamiento conforme al programa prestacional por el que eran asistidos a la fecha del dictado del nuevo decreto. De tal manera, el egreso de esos programas sólo puede disponerse una vez cumplidos los objetivos generales y especiales previstos en tales programas.

Como puede verse, el peligro de desalojo intempestivo que motivó el amparo ha cesado”.

Asimismo, sostuvo en ese fallo que “[n]inguna de las consecuencias accesorias que plantea la demanda, a raíz de lo dispuesto por las normas indicadas, requiere mayores precisiones de una sentencia judicial. La forma en que las autoridades de aplicación ejecuten los programas bajo análisis, las dificultades que en su curso se presenten y los posibles planteos que al respecto puedan formular los interesados exceden el ámbito del amparo por revestir el carácter de presunciones o meras hipótesis sin virtud para configurar el daño actual o inminente que subsana o previene el amparo ante supuestas situaciones de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta”.

4. Cualquiera sea la razón que asista a la quejosa acerca del impacto que los decs. 1234/04 y 97/05 tengan sobre sus derechos, lo cierto es que las argumentaciones que en ellos apoya, no constituyen una impugnación dirigida contra la sentencia que se pretende revertir, sino cuestionamientos que ya no puede añadir a un proceso agotado.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Por las razones señaladas por mi colega el juez Luis F. Lozano en el apart. 1 de su voto, la queja interpuesta por el Sr. Julio César Toledo no puede prosperar.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

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

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Por las razones expuestas por el señor juez de trámite en el punto 1 de su voto, la queja interpuesta por el Sr. Julio Toledo no puede prosperar, puesto que él no articuló ninguno de los recursos cuya denegación permite acudir en queja ante el Tribunal.

De este modo, la falta de legitimación del Sr. Toledo para interponer el recurso de hecho en el caso torna innecesario un pronunciamiento acerca de si, en un marco de circunstancias hipotético, los argumentos que desarrolla en su presentación ante el tribunal califican o no para considerar que él ha expuesto fundadamente un caso constitucional.

En consecuencia, y concordantemente con la solución propuesta por el señor juez preopinante y los dictámenes del fiscal general adjunto y el asesor general tutelar, voto por rechazar la queja interpuesta.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el doctor Luis F. Lozano, en cuanto concluye que el señor Julio César Toledo carece de legitimación para plantear el recurso de queja y en cuanto recuerda que el fondo de la cuestión traída a este estrado ya ha sido resuelta por este Tribunal en las causas “Jasmín, José Alberto y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 2282/03, sentencia del 1º/10/2003 y “Vidal, Sonia Miriam y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad *concedido*”, sentencia del 13/4/2005.

En tales condiciones, corresponde rechazar la presente queja.

Así lo voto

Por ello, oídos el fiscal general adjunto y el asesor general tutelar,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja interpuesta por Julio César Toledo, a fs. 2/22 vta.

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

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

XCI

“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”

RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad. Caso constitucional. Dirección General de Protección y Defensa del Consumidor. Derechos del consumidor. Daño concreto. Sanción. Nulidad de procedimiento administrativo. Acta de infracción. Derecho de defensa. Cuestiones de hecho y de prueba. Arbitrariedad de sentencia

Expte. n° 3901/05 - 10/8/2005

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Sra. María Ana Giraudo denunció ante la Dirección de Defensa del Consumidor (dependiente de la Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor) del Gobierno local que Galerías Pacífico S.A. y La Meridional Compañía de Seguros S.A. no le hicieron entrega del premio de un millón de pesos (\$ 1.000.000) del concurso “Superpromo Millonaria”. La actora manifestó haber ganado la promoción el día 29/11/1999 (fs. 2/vta.). Ante la posible afectación de la ley 22.802 las actuaciones se remitieron a la Dirección de Lealtad Comercial —dependiente de la misma Dirección General— que decidió instruir el sumario contra Galerías Pacífico S.A. (fs. 61/64). También tomó intervención la Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor del Ministerio de Economía de la Nación (fs. 89 y ss) que luego resolvió remitir lo actuado por ella a la Dirección de Lealtad Comercial del Gobierno local por existir identidad de partes, causa y objeto entre ambos procedimientos (fs. 150).

A fs. 171/172 la Sra. Giraudo desistió de su denuncia “retractándose de los términos vertidos en la misma”.

2. Por disposición n° 2584-DGDyPC/03, la autoridad administrativa desestimó el planteo de nulidad efectuado por Galerías Pacífico S.A. y la sancionó con una multa de doscientos cincuenta mil pesos (\$ 250.000) por infracción al art. 9° de la ley 22.802 y al art. 1° inc. b), del dec. 1153/97. Además, ordenó que GP hiciera publicar el acto sancionatorio en el diario *Clarín*.

La imposición por la Administración de la sanción mencionada tuvo en cuenta que Galerías Pacífico S.A.:

- a) informó en las bases del concurso que quienes quisieran participar del mismo en forma gratuita podrían hacerlo retirando un cupón en una franja horaria (de 9 a 12 horas) que no cumplía con la obligación contenida en el art. 1º, inc. b), del dec. 1153/97 que exige entregar en forma gratuita el elemento requerido para la participación del concurso (cupón, envase, etcétera) durante *al menos cuatro horas* continuadas, diurnas y diarias, en los días hábiles que abarque la promoción;
- b) realizó publicidad gráfica con la leyenda “Ya entregamos \$ 1.000.000 seguí participando en los sorteos” cuando, en verdad, el premio no había sido entregado, situación que pudo inducir a los consumidores a adquirir productos ofrecidos en Galerías Pacífico S.A. con la finalidad de participar en un concurso y vulnera lo establecido en el art. 9º de la ley 22.802.

En el mismo acto, el Director sobreseyó a la firma imputada de la supuesta infracción a los arts. 1º, incs. a) y c), y 2º, incs. a), b) y c), del dec. 1153/97 (fs. 188/192 vta.), que también se le atribuía.

3. Galerías Pacífico S.A., mediante un recurso directo, apeló la decisión administrativa ante la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario (fs. 201/210). La Sala rechazó el recurso (fs. 240/244 vta.).

Frente a ello, la actora interpuso el recurso de inconstitucionalidad (fs. 255/266) que, previa sustanciación con la Procuración General (fs. 270/274), fue denegado por la alzada (fs. 276 y vta.).

4. Contra la denegatoria, la sociedad plantea recurso de queja en el que afirma que la Cámara rechazó el recurso de inconstitucionalidad mediante “referencias a fallos ajenos a los autos que nos ocupan, y la reiteración dogmática de una presunta ‘no afectación de derechos constitucionales’...” (fs. 41).

El fiscal general en su dictamen propicia el rechazo de la queja pues no se ha logrado demostrar que en el recurso denegado se haya articulado un caso constitucional (fs. 59/66, en especial fs. 62 vta./63).

FUNDAMENTOS:

Los jueces JOSÉ O. CASÁS, JULIO B. J. MAIER y LUIS F. LOZANO dijeron:

I. La queja de Galerías Pacífico S.A. cumple con los recaudos rituales de tiempo y forma. Sin embargo no puede ser admitida ya que en el

recurso de inconstitucionalidad cuya denegatoria se cuestiona por el recurso de hecho, la firma actora no articuló en forma eficiente un caso constitucional, como atinadamente lo advierte el señor fiscal general.

Debemos señalar que no hemos de seguir a la recurrente en todas y cada una de sus argumentaciones, sino tan sólo en aquellas que entendemos conducentes para decidir la cuestión planteada (conf. *Fallos*, 278:271; 291:390; 312:1255, entre otros).

2. En efecto, a lo largo del proceso, la actora ha repetido que el procedimiento administrativo incoado en su contra es nulo en tanto se inició por la *denuncia* de la señora María Ana Giraudo —persona que, como se indicó anteriormente, participó en el concurso de la “Superpromo Millonaria” y pretendió cobrar el premio—. La sociedad sancionada afirma que el apuntado procedimiento se encuentra viciado en su origen ante la *falta del acta de infracción* establecida por el art. 17, inc. a), de la ley 22.802.

En ninguno de los escritos presentados ante los estrados judiciales (recurso directo, recurso de inconstitucionalidad y queja) la firma actora se hizo cargo de refutar los fundamentos dados por la Dirección General de Protección y Defensa del Consumidor para rechazar su pretensión de invalidez del acto sancionatorio, ni de los que brindó la Sala II para desestimar su pedido de nulidad de las actuaciones.

Es fácilmente constatable que el agravio se limita a reiterar que no se ha dado cumplimiento al art. 17 de la ley 22.802 en cuanto establece que “el funcionario actuante procederá a labrar un acta donde hará constar concretamente el hecho verificado y la disposición infringida”, pero en ninguna de las piezas la defensa logra señalar de qué manera ello ha generado indefensión a su parte. El principio teleológico de las nulidades indica que la afectación a la defensa efectiva de los derechos e intereses “marca la frontera a partir de la cual se produce una efectiva incidencia del vicio formal sobre la invalidez del acto”, en palabras del tribunal Supremo español (sentencia del 6/2/1985, citada por SANTAMARÍA PASTOR, Juan A., y PAREJO ALFONSO, Luciano: *Derecho administrativo —la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 21ª reimp., Centro de Estudios Ramón Areces, España, 1992, p. 362).

En tanto la sociedad recurrente no ha expresado qué defensa se ha visto privada de ejercer por la falta de un acta de infracción, o sea, de qué manera ha trascendido el vicio que ella invoca, la falta de relevancia de la ausencia de ese trámite del procedimiento (el acta) ha sido ponderada en forma razonable por la Administración (primero) y los jueces (después) no otorgando a esa formalidad un valor en sí mismo.

La queja reitera, en suma, argumentos que ya fueron valorados en las instancias judiciales previas sin hacerse cargo de rebatir las razones

por las que ellos no fueron considerados idóneos a fin de modificar lo resuelto en sede administrativa.

3. Por lo demás, no resulta de ninguna manera evidente que el mencionado vicio se presente en el caso. La lectura del procedimiento desarrollado ante las autoridades administrativas da cuenta de que ellas actuaron, en cada momento, de acuerdo con las reglas legales que disciplinan su intervención. Así, ante la denuncia efectuada por la señora Giraudo en la Dirección de Defensa del Consumidor, este órgano aplicó el procedimiento indicado por el art. 45 de la ley 24.240, denominada Ley de Defensa del Consumidor, esto es: le recibió la denuncia e inició la instancia conciliatoria. Luego, cuando tomó participación la Dirección de Lealtad Comercial *continuó* el trámite del procedimiento, sin retrotraerlo, bajo las reglas del Capítulo V (Procedimiento) de la ley 22.802.

Como puede verse, en cada momento los funcionarios intervinientes aplicaron las reglas jurídicas correspondientes a sus respectivas competencias, respetando los actos practicados con anterioridad bajo otras normas de procedimiento.

4. La recurrente plantea que la Sala (al rechazar el recurso directo y confirmar lo dispuesto por el órgano administrativo interviniente) “aplicó retroactivamente una ley más gravosa para el sujeto pasivo del sumario, violándose el principio de legalidad. Sin decirlo en forma expresa, al denegar la apelación, el tribunal ha aplicado (...) en forma retroactiva la mayor amplitud contenida en la ley 757, violando derechos adquiridos de Galerías Pacífico S.A. al amparo de la ley 22.802 en el marco de la cual fue citada al sumario” (fs. 41 vta.). En verdad, el caso no trata sobre ello. En primer lugar porque, como lo reconoce la actora, la Cámara no invocó esa ley. Su introducción —como fundamento “no expresado” de la decisión— es efectuada por la recurrente para construir agravios constitucionales vinculados con la afectación del principio de legalidad por la aplicación retroactiva *in peius* de las disposiciones del procedimiento sancionador. Es decir: la parte afirma que se le aplicó una ley que el tribunal no dice aplicar, para poder agravarse; pero no ha demostrado que ello fuese así. Por lo contrario, los actos y la sentencia muestran que cada autoridad aplicó la ley vigente que regulaba su competencia y actividad en la etapa correspondiente del procedimiento. No se presenta un caso de retroactividad, sino sólo de aplicación de la regla *tempus regit actum*.

En segundo orden, no es sólo que el vicio no resulta evidente, sino que tampoco parece que el inicio de los procedimientos sancionatorios mediante acta de funcionario sea más beneficioso para el imputado que cuando se inicia por denuncia. En efecto, tal como está previsto en la ley

22.802 y, ahora también, en la ley 757 y su dec. regl. 17/03, las constancias del acta labrada por el funcionario con las exigencias fijadas en la regulación legal constituirán prueba suficiente de los hechos así comprobados, salvo en los casos en que resulten desvirtuadas por otras pruebas [art. 17, inc. d), ley 22.802 y art. 9º, ley 757]; valor probatorio que, claro está, no tiene la denuncia del afectado, cuyos dichos deberán ser acreditados mediante nuevos elementos de prueba.

5. Finalmente, la pretensión del recurrente de ceñir el inicio del procedimiento a la realización del acta, no tiene en cuenta que en un contexto normativo en el cual están consagrados los derechos de los consumidores y usuarios —art. 42, C.N. y art. 46, CABA—, en ausencia de un texto inequívoco, no cabe una interpretación de la ley que tienda a disminuir o vulnerar los mecanismos de protección de estos derechos.

Por lo demás, atendiendo el agravio de la quejosa relacionado con la presunta vulneración de su derecho de defensa, corresponde destacar que el acto administrativo que dispuso instruir el sumario contra Galerías Pacífico S.A. detalla de manera clara y pormenorizada las infracciones que se imputan a la empresa, informa el procedimiento aplicable y hace saber a la sumariada que deberá presentar descargo y ofrecer prueba dentro del décimo día de notificada. Así las cosas, como se dijo anteriormente, no se advierte cuál ha sido el menoscabo concreto que la ausencia del acta ha generado en el derecho de defensa que asiste a la quejosa.

6. Los restantes argumentos de la queja y del recurso de inconstitucionalidad que la antecede discurren sobre la existencia o no de pruebas y su ponderación por la alzada al punto de afirmar que la sanción fue impuesta “sin contar tampoco con otras pruebas que abonaran siquiera someramente la existencia de infracción alguna. Tampoco hubo perjuicio para ningún consumidor ni afectación de los principios considerados en la ley de lealtad comercial” (fs. 41 vta.).

Si bien lo relacionado con la existencia o no de pruebas, con su eficacia y con la producción de daños remite a la consideración de cuestiones ajenas al recurso de inconstitucionalidad, sí conviene precisar que, en supuestos como el de autos y a la luz de las infracciones que se imputan a la empresa (incumplimiento de la reglamentación sobre concursos en lo que hace al horario para la entrega de cupones y exhibición de publicidad engañosa), no se requiere la materialización de un daño concreto en los derechos del consumidor.

La CSJN ha resuelto que la infracción al art. 5º de la ley 22.802 “no requiere la comprobación de un perjuicio concreto al consumidor, ya que basta con que se incurra en alguna de las conductas descriptas en la nor-

ma, con aptitud para inducir a error, engaño o confusión, para que se configure la infracción, con prescindencia de la producción de un resultado” (*in re* “Carrefour Argentina S.A.”, sentencia del 26/6/2001, *Fallos*, 324:2006). Si bien el aludido precedente se refiere al art. 5° de la ley de lealtad comercial, su cita resulta apropiada toda vez que, en definitiva, tanto el art. 5° como el art. 9° —utilizado por el GCBA como uno de los fundamentos de la sanción en este caso—, contienen la misma expresión en lo que aquí interesa. Con la finalidad de tutelar de manera eficaz el derecho a la información adecuada y veraz en la relación de consumo, reconocido en la Constitución Nacional (art. 42) y en la local (art. 46), lo que se debe acreditar de manera previa a la sanción, en palabras de la ley, es alguna manifestación “que pueda inducir a error, engaño o confusión” respecto de las características o condiciones de comercialización de un producto, ya sea en un folleto, envase, etiqueta o envoltorio (art. 5°) o en una publicidad o propaganda (art. 9°).

De todos modos, los argumentos atinentes a la existencia, aptitud y eficacia probatoria de los medios tenidos en cuenta por la autoridad administrativa para considerar configurada la conducta típica, no son idóneos, por regla, para plantear el caso constitucional exigido por la ley 402. Como se dijo en 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” [TSJ, *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. n° 1923/02 sentencia del 19/2/2003].

Y 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 arbitrariedad de la decisión recurrida.

Sobre este punto, conviene recordar, sólo a mayor abundamiento, que radicada la causa en sede judicial la Cámara hizo saber a la recurrente que dentro del plazo de cinco (5) días podría ofrecer las pruebas que estimara pertinentes para derribar los fundamentos del acto administrativo sancionatorio (fs. 215, autos principales). Frente a esta posibilidad, la interesada manifestó que nada más debía probarse en el expediente (fs. 218, autos principales).

En razón de todo lo hasta aquí expuesto, la queja debe ser rechazada. Así lo votamos

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero a la solución propuesta por mis colegas los Dres. Casás, Maier y Lozano, en cuanto decide rechazar la queja interpuesta por la parte actora. Me remito a los precisos fundamentos desarrollados en su voto y a los brindados en sentido concordante por el fiscal general en su dictamen, en tanto ponen en evidencia que, en el caso, la recurrente no logra articular una verdadera cuestión constitucional.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja de fs. 40/53 fue interpuesto por Galerías Pacífico en tiempo y forma. Sin embargo, el mismo no puede prosperar.

2. La quejosa no logra rebatir exitosamente el fundamento desplegado por la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario en el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad. Esto es, Galerías Pacífico no logra demostrar que al instar la vía extraordinaria local prevista por el art. 113, inc. 3º, de la CCBA, planteó adecuadamente un caso constitucional en los términos del art. 27 de la L.P.T.

En efecto, su argumentación, más allá del esfuerzo con que es presentada, no alcanza para probar de qué modo la interpretación de la Cámara respecto de normas que regulan un procedimiento administrativo (contenidas en la ley 757) afecta los principios y garantías constitucionales invocados (de legalidad, debido proceso, defensa en juicio, ley penal más benigna y propiedad).

Al respecto, como reiteradamente ha sostenido el Tribunal: “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. 131/99, resolución de 23/2/2000, en *CyJ, Fallos TSJBA*, II-2000, pp. 20 y ss.).

3. Tampoco demuestra la recurrente por qué su planteo sobre la arbitrariedad de la sentencia de fs. 16/20 vta., amerita la apertura del recurso intentado a fs. 21/32.

Como señaló el tribunal al resolver “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. n° 1923/02, sentencia de 19/2/2003, “los argumentos atinentes a la existencia, idoneidad y eficacia probatoria de

los medios tenidos en cuenta por la autoridad administrativa para considerar configurada la conducta típica, no son idóneos, por regla, para plantear el caso constitucional exigido por la ley 402. Como se dijo en 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”.

4. Por las razones expresadas, voto por rechazar la queja.

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

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Rechazar* la queja interpuesta por Galerías Pacífico S.A.

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

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

XCH

“MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA OFICIAL
EN LO CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 4—
S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD
DENEGADO, EN: ‘FERNÁNDES, HÉCTOR OMAR
S/INFRACCIÓN ART. 47, CÓD. CONTRAV. —APELACIÓN”

RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad. Sentencia definitiva.
Nullidad de acto procesal. Continuación del procedimiento.
Nuevo juicio. Principio de *ne bis in idem*. Garantía de juez natural

Expte. nº 4029 - 16/8/2005

VISTO:

El expediente indicado en el epígrafe.

RESULTA:

1. El defensor oficial de Héctor Omar Fernádes interpuso recurso de queja (fs. 49/60) contra la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad por parte de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravenacional y de Faltas (fs. 34/42). Este recurso, a su vez, fue articulado contra el fallo de dicho tribunal que decidió “I. [revocar] la sentencia recurrida obrante a fs. 106/107 vta. en cuanto en su punto I dispositivo declara la nulidad del procedimiento y en su consecuencia de todo lo actuado en la causa (art. 166 *a contrario sensu* y ss. del CPPN)”, “II. [revocar] la sentencia en cuanto en su punto III absuelve a Héctor Omar Fernádes de la contravención de violación de clausura enrostrada (art. 47 de la ley 10)” y “III. [a]partar al señor juez sentenciante y remitir las presentes actuaciones a la Secretaría General a fin de que asigne el Juzgado que deberá intervenir”. En su pronunciamiento la Sala I sostuvo (votos de los jueces Marum y Vázquez) que la declaración autoincriminatoria no originó la presente causa ni existieron actos posteriores que se deban concatenar con ella. La necesidad de suprimir la valoración de la referida declaración, incluida en la audiencia del art. 41 de la ley 12 —resuelta como cuestión preliminar—, agregó el *a quo*, no acarrea la nulidad de todo el proceso pues no generó perjuicio efectivo al imputado debiendo continuarse la tramitación de las actuaciones a partir de la realización del debate ante un nuevo magistrado.

2. En el recurso de inconstitucionalidad, la defensa sostuvo que la decisión impugnada provoca un gravamen de imposible o tardía reparación al obligar a su asistido a soportar la prolongación de un proceso que se inició de manera ilegítima y en franca vulneración de garantías constitucionales. Además, cuestionó la posibilidad de que el fiscal pudiera apelar una sentencia absolutoria, invocó la vulneración de la garantía del *ne bis in idem*, de la “prohibición de autoincriminación forzada” y del juez natural. Por su parte, la Cámara declaró inadmisibile el recurso porque no ataca una sentencia definitiva ni equiparable a tal toda vez que, según su criterio, “el impugnante tiene la posibilidad de replantear la cuestión ante la alzada (...) luego de la sustanciación de un nuevo juicio” (fs. 43/5).

3. El recurso de queja rebate las razones dadas por la alzada para rechazar el recurso de inconstitucionalidad, insiste en la irreparabilidad del perjuicio que provoca la sentencia impugnada a la luz de la garantía constitucional del *ne bis in idem* y reproduce los agravios desarrollados en el recurso denegado por la Cámara.

4. El señor fiscal general adjunto propicia hacer lugar parcialmente a la queja y admitir el recurso de inconstitucionalidad exclusi-

vamente en relación con la garantía del juez natural y no respecto del *ne bis in idem*.

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. La queja contra la resolución que denegó el recurso de inconstitucionalidad (fs. 49/59 vta.) fue interpuesta en tiempo y forma. Si bien la anulación de actos procesales no constituye, como principio, sentencia definitiva, resulta equiparable a tal aquella que se cuestiona por la afectación de derechos sólo susceptibles de tutela inmediata (conf. mi voto *in re* “Kim, In Jung s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Kim, In Jung s/art. 74 del Cód. Contrav.’”, expte. n° 3790, resolución del 1/6/2005 y, *mutatis mutandi*, CSJN, Fallos, 248:232 y 322:2826, entre otros).

Este es el caso tanto del agravio relativo al *ne bis in idem* como del que reposa sobre la garantía del juez natural.

En cuanto al resto de los agravios, resultan todos susceptibles de reparación ulterior, por lo que no son aptos para ser tratados bajo estas circunstancias en esta instancia.

Por lo tanto, en los términos expuestos, el recurso de inconstitucionalidad fue incorrectamente denegado por el *a quo*, y la queja debe ser parcialmente admitida.

2. En este marco debe encontrar acogida favorable el agravio referido a la violación de la garantía del juez natural ante la remisión de las actuaciones a un magistrado distinto del que había intervenido en primera instancia. De conformidad con lo que sostuve también *in re* “Kim, In Jung”, el hecho de que una vez anulada la sentencia competa a la primera instancia retomar la causa y fallarla, no significa que deba hacerlo otro juez. El fallo absolutorio de primera instancia no fue anulado por defectos lógicos o de otra clase que hagan suponer que el magistrado que lo dictó pueda obrar en condiciones que pongan a las partes en situación de no confiar en su objetividad, ni ellas lo han invocado. Vale señalar a este respecto que el art. 13, inc. 3°, de la CCBA garantiza al procesado que su destino quede sujeto a un juez cuya selección provenga de la aplicación de leyes generales y anteriores al hecho materia de la litis; la selección del juez, entonces, no puede estar supeditada a la discreción de órgano alguno, ni aun a la del tribunal de alzada. No se discute en el *sub lite* que el magistrado que dictó la decisión anulada fue aquel que correspondía con sujeción a las normas que cumplen con la regla del citado art. 13. Discrepar con el criterio de la alzada respecto de la interpretación del derecho o acerca de los hechos no constituye un supuesto de sustitución contemplado en la ley. En particu-

lar, no se trata de un magistrado que haya incurrido en prejuzgamiento, puesto que se ha pronunciado en la oportunidad en que debía hacerlo de modo válido en todo aquello no revisado por la Cámara, directamente o por implicancia, y sin adelantarse a resolver cuestiones no susceptibles de decidir en la oportunidad en que fue emitido el pronunciamiento anulado. Su futura decisión no está teñida de antemano por la sospecha que pesa sobre quien se pronuncia arbitrariamente. La misión que sobre él pesa, a saber, las modificaciones que deriven de la doctrina establecida por la Cámara, y solamente éstas, es idéntica a la que pesaría sobre cualquier juez que lo sustituyese, y nadie mejor que él para preservar lo que deba ser preservado. En tales condiciones, la tendencia a mantener su primitivo criterio en todo lo no modificado por la Cámara, que podría alguien conjeturar, no supone más que cumplir con lo que la CCBA y la ley manda: la causa debe ser resuelta por ese juez, que es el juez natural de la causa.

Asimismo, también el fiscal general adjunto, a fs. 79vta., solicitó que el proceso fuera remitido al juez que intervino en primera instancia.

Por lo tanto, considero que debe revocarse la sentencia del *a quo* en el punto III de su parte resolutive.

3. Con respecto a la violación del *ne bis in idem* invocada por la recurrente, conforme sostuve en anteriores precedentes, este principio protege al imputado de las medidas que lo sometan a un aumento del riesgo, tal como ese riesgo fue definido por el legislador, con el límite de las garantías constitucionales, entre las que se incluye aquella que postula una duración razonable del proceso. En el caso de autos, no se advierte cuál sería el aumento del riesgo en tanto el reenvío sea al mismo juez, sin retrotraer automáticamente el proceso, esto es, sin brindar nuevas oportunidades para que sea ofrecida nueva prueba. Es ese el riesgo que definió el legislador para juzgar al imputado, sin que la ley misma esté cuestionada por imponer la reproducción de un acto que, aunque válido, resultase de resultado insatisfactorio para el progreso de la acusación. (conf. mi voto *in re* “Kim, In Jung s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Kim, In Jung s/art. 74 del Cód. Contrav.’”, expte. n° 3790, resolución del 1/6/2005; y “Ministerio Público —Defensoría Contravencional y de Faltas N° 3— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Montero Montero, María Nela s/infracc. art. 71 —apelación’”, expte. n° 3739, resolución del 9/3/2005).

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

El caso me parece sencillo y, a mi juicio, es correcta la decisión de la Cámara que rechaza el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa, ya que no existe, tal como lo explicaré, *sentencia definitiva*.

Cualquiera que sea el nombre que el juez de primera instancia ha utilizado en su decisión —en este caso, *absolución* del imputado—, lo cierto es que la fiscalía recurre porque, en el comienzo de un debate, el juez se niega a proseguir, frustra el trámite y lo cercena, así, antes de tiempo. Cualquiera que sea el acierto o error acerca del problema planteado por la defensa como cuestión previa, de ella no deriva el poder del juez de concluir el debate sin su realización íntegra. Y esto es aquello que, en el recurso de apelación, constituye el agravio de la fiscalía y también aquello que, básicamente, la Cámara ha ordenado que se realice: el debate o juicio.

Se observa que, precisamente, la decisión de continuar el procedimiento hasta su resolución de mérito final no es, por tanto, *definitiva*, y que los agravios defensivos —incluido el problema del *juez natural* y de la *imparcialidad del juzgador*— podrán ser planteados por la defensa en el caso de que la sentencia eventual a dictar le produzca un agravio al acusado.

No se trata de un problema de *bis in idem*, ni tampoco de un problema idéntico al verificado en la causa “Kim, In Jung s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Kim, In Jung s/art. 74, Cód. Contrav.’”, expte n° 3790/05, sentencia del 1/6/2005, puesto que en esta última el debate se había llevado a cabo íntegramente y de él, con acierto o desacierto, había surgido una sentencia absolutoria, pero en el sentido material del término. En ese caso, frente a un recurso de apelación de la fiscalía sólo correspondía confirmar, revocar o modificar la sentencia recurrida y la Cámara dispuso, erróneamente, reenviar a un nuevo juicio. En cambio, en el caso ahora bajo estudio, la Cámara tiene razón al observar que el procedimiento, por acción errónea del juzgador, no ha terminado y, por tanto, no soporta una sentencia de mérito, menos aún, por la causa que indica la sentencia que, de ser cierta, sólo parece permitir que algún elemento de prueba no se incorpore al debate.

Por lo tanto, propongo rechazar la queja de la defensa, ya que sus agravios no se dirigen contra una sentencia definitiva.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Por sus fundamentos, coincido con la solución propuesta por el doctor Julio B. J. Maier pues la decisión objetada que determina la realización efectiva del debate no constituye una sentencia definitiva en el marco del art. 27 de la ley 402. La alzada, con acierto o error, entendió que el imputado tiene derecho a un juicio realizado con plena sujeción a los requisitos procesales que hacen a la garantía del debido proceso, mas no a una absolución prematura —como la dictada por el magistrado de primera

instancia— derivada de una nulidad que concluya el debate sin su íntegra realización. Tal como lo señala el juez Maier, no existe en la causa un pronunciamiento firme que disponga una condena o una absolución y, si una vez concluido el proceso que se ordena sustanciar, el defensor considera que subsiste la afectación de las garantías que aquí invoca, nada le impedirá sostener sus agravios hasta esta instancia.

Es preciso señalar, *obiter dictum*, que al no haberse llevado a cabo un juicio válido que culmine con una sentencia de mérito, la pretendida afectación del *ne bis in idem* carece de sustento lógico y jurídico, pues no se verifican repetidos intentos de persecución más allá de lo legalmente previsto. Por lo demás, y atento que la Cámara no sólo discrepó con la exégesis de las reglas de derecho común aplicables en materia probatoria —como ocurría en el precedente citado por el juez Maier (expte. n° 3790/05, sentencia del 1/6/2005)—, el apartamiento del magistrado de primera instancia que valoró y restó fuerza probatoria de manera anticipada a todos los elementos incorporados a la causa, en principio, no aparece injustificada o irrazonable.

Por ello, oído el fiscal general adjunto, voto por rechazar la queja intentada pues no franquea con éxito su admisibilidad formal.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Adhiero al voto del juez Julio B. J. Maier.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

En mi parecer, la decisión que se recurre no constituye una *sentencia definitiva* o *equiparable* a tal, como lo explican el señor fiscal general adjunto en el punto II de su dictamen (fs. 78) y mis colegas los doctores Julio B. J. Maier y Ana María Conde. En efecto, el pronunciamiento objetado no pone fin al pleito ni impide su tramitación. Tampoco se ha demostrado que produzca un perjuicio de imposible reparación ulterior. No existe en la causa ningún pronunciamiento jurisdiccional firme que disponga una condena o una absolución, ni se constatan repetidos intentos de persecución más allá de lo previsto legalmente.

Por lo demás, en el presente caso no resulta aplicable el criterio que en una causa anterior me llevó a propiciar la revocación parcial de una sentencia de Cámara que había resuelto remitir las actuaciones a un nuevo juez para que se tramite un nuevo juicio (conf. “Kim, In Jung s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Kim, In Jung s/art. 74, Cód. Contrav.’”, expte. n° 3790, sentencia del 1/6/2005). En el asunto que ahora se somete a consideración de este estrado, el juicio quedó trunco por la supuesta invalidez del procedimiento declarada a partir de consideracio-

nes preliminares al debate —a raíz de la constatación de una declaración autoincriminatoria del encartado—. Y tal como lo destaca mi colega, la doctora Ana María Conde, el magistrado de primera instancia valoró y restó fuerza probatoria de manera anticipada *a todos* los elementos incorporados a la causa —decisión luego reputada excesiva por la Cámara.

Por las consideraciones expuestas, corresponde rechazar la presente queja.

Así lo voto

Por ello, oído el señor fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Rechazar* el recurso de queja interpuesto a fs. 49/60.

2°. *Mandar* que se registre, notifique y oportunamente se devuelva esta queja a la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas.

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

XCIII

“CÓRDOBA, MARÍA ORTENCIA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘AVALOS, VALERIA C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)’”

RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad. Caso constitucional. Planes y programas habitacionales. Prestación. Desalojo. Cuestión abstracta

Expte. nº 3878/05 - 17/8/2005

VISTO:

El expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

I. Un grupo de personas, con el patrocinio letrado de la defensora general adjunta y del defensor ante los juzgados de Primera Instancia en

lo Contencioso Administrativo y Tributario, inició una acción de amparo (obranste a fs. 21/34 vta., autos principales) a fin de que el Gobierno de la Ciudad: *a*) cese en su determinación de finalizar planes y programas habitacionales de los cuales los amparistas son beneficiarios, hasta tanto se compruebe el estricto y definitivo cumplimiento de los objetivos estipulados en los mismos, y *b*) se abstenga de transferirles la gestión y la responsabilidad de la prestación (fs. 34 vta., autos principales).

2. La jueza de primera instancia resolvió: 1) “hacer lugar a la demanda”; 2) “[o]rdenar al GCBA a cumplir con los recaudos previstos en los arts. 3° y 5° de la resol. 21-SSGAS/01 del programa, a fin que disponga que las asistentes sociales realicen el seguimiento que allí formula, informando cada tres meses al Juzgado sobre la evolución de los planes de reinserción en relación a los actores y a sus grupos familiares”; 3) “[o]rdenar al GCBA cumpla con la normativa vigente en materia de verificaciones y habilitaciones en relación al Hotel Santiago del Estero, en el que se alojan los actores y sus grupos familiares, debiendo informar al juzgado en el plazo de cinco días el cumplimiento de dicho requisito, bajo apercibimiento de sanciones conminatorias. En caso de que el hotel de marras no reuniera los recaudos habilitatorios, y a fin de cumplir con lo previsto en la presente sentencia, se disponga lo necesario para albergar a los actores —dentro de las condiciones previstas por el programa— en un hospedaje que encuadre en los parámetros previstos por el programa y la normativa en vigor” (fs. 593 vta./594, autos principales).

3. Tras el recurso de apelación interpuesto por el Gobierno de la Ciudad a fs. 602/617 de los autos principales, la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario dispuso: 1) “[r]evocar la sentencia de primera instancia en cuanto hizo lugar a la acción de amparo”, y 2) “[d]eclarar abstracto el fondo de la cuestión” (fs. 646 vta., autos principales).

4. Contra esa decisión, el señor asesor tutelar y dos de las actrices dedujeron recurso de inconstitucionalidad (fs. 658/682 vta., autos principales), que no fueron concedidos por la alzada (fs. 698/699, autos principales).

5. Fue esa denegatoria la que dio origen a la presente queja, planteada sólo por la Sra. María Ortencia Córdoba (fs. 2/22 vta.).

6. Corridas las pertinentes vistas, tanto el asesor general tutelar como el fiscal general adjunto propiciaron la desestimación de la queja articulada (fs. 29/31 vta. y 34/37, respectivamente).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La queja interpuesta por la Sra. María Ortencia Córdoba no puede prosperar. Si bien cumple con los requisitos de tiempo y forma (art. 33, L.P.T.), pese al destacable esfuerzo argumental de la quejosa, no revisten actualidad los agravios que construye en torno a la afectación del estándar mínimo del derecho a la vivienda. En ese contexto, el recurso no logra presentar un caso constitucional en los términos del art. 27 de la L.P.T.

2. Durante el desarrollo del proceso el Gobierno dictó los decs. 895/02 y 1234/04 y aprobó las disposiciones que regulan el otorgamiento del subsidio para familias en situación de calle, previsto en el dec. 895/02, a través de la resol. 193 de la Secretaría de Desarrollo Social de fecha 16/8/2002.

Estas normas pusieron fin al riesgo de desalojo de los actores y tornaron abstracta su pretensión dirigida a reclamar, conforme el petitorio de la demanda, que la justicia ordenase al Gobierno de la Ciudad que:

“6) Oportunamente, se haga lugar a la acción de amparo, ordenándose al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que:

- 1) Cese en su determinación públicamente comunicada a los beneficiarios, consistente en finalizar los planes/programas sociales cuyas prestaciones de carácter habitacional usufructuamos en los hospedajes dispuestos a tal fin, por carecer absolutamente de medios para satisfacer la necesidad primaria de vivienda del grupo familiar, hasta tanto se compruebe el estricto y definitivo cumplimiento de los objetivos generales y específicos de los programas en los que ingresamos originalmente y a raíz de ello que el egreso de los mentados programas sea efectuado una vez que se haya evaluado, caso por caso, de manera efectiva, concreta y pormenorizada el cumplimiento de aquellos objetivos.
2. Se abstenga asimismo el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires de transferir a los beneficiarios la gestión y responsabilidad de la prestación, al disponer el trato directo con los titulares de los hospedajes y en su caso la entrega de los cheques/valores respectivos, manteniendo la contratación por cuenta y cargo, hasta tanto se provea la solución habitacional definitiva.
3. Haga cumplir en el hotel donde somos alojados la normativa vigente en materia de habilitaciones y verificaciones”.

La Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario asumió el nuevo estado de situación existente a partir del dictado de

las normas indicadas más arriba, y ello explica el sentido de su decisión (fs. 585/646 vta., autos principales).

3. En casos análogos al que se trata en estas actuaciones, el tribunal rechazó los recursos de inconstitucionalidad habilitados por la Cámara. En otros, más recientes, declaró mal concedida esa vía recursiva. Los argumentos que utilizara al pronunciarme tanto unos como en otros, coinciden con los que expusiera en párrafos anteriores y fundan adecuadamente mi voto.

Reitero lo que sostuve al votar en “Vidal, Sonia Miriam y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 3274/04, resolución de 13/4/2005.

“Me remito a lo que dijera el tribunal en “Jasmín, José Alberto y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 2282/03, resolución del 1/10/2003, [e]l objeto pretendido en este amparo se agotó: la asistencia habitacional se mantiene por vía de subsidio, o de alojamiento en hoteles, para los beneficiarios originales del dec. 607/97. En tal sentido, el tribunal ya ha dicho que la nueva normativa ‘establece un régimen especial para aquellas personas que decidan seguir alojándose en hoteles’ (expte. n° 1607/02, ‘Ríos Álvarez, Gualberto Felipe c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido’, resolución del 1/11/2002, entre muchos otros). Para estos últimos, además, la continuidad en el goce del beneficio es automática, si no optan por acogerse al sistema organizado por el dec. 895/02 (resol. SDS-193/02, art. 8°); la renovación del beneficio se supedita a la presentación de una declaración jurada, y el egreso depende de evaluación a cargo de la Unidad de Gestión vía integración de proyectos comunitarios, la incorporación a operatorias vigentes o la radicación en otras jurisdicciones (resol. SDS-193/02, arts. 9° y 13). Por su parte los hoteles prestadores, tanto los anteriores para mantener su condición y los nuevos para acceder a esa situación, quedan sometidos a las medidas de control dispuestas por el dec. 895/02 y sus normas reglamentarias (art. 21 del decreto y arts. 3°/7° resol. SDS-193/02 y resol. SDS-216/02)’.

Como indiqué al votar en las causas “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Morini, Elsa Erlinda c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”, “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Mantovano, Carlos Alberto y otros c/GCBA s/amparo (art. 14 CCBA)’” y “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Pons, Sandra C. y otros c/GCBA s/amparo (art. 14 CCBA)’”, resoluciones de 16/12/2004, ‘el art. 14 de la CCBA que regula el amparo exige que el acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que

se cuestiona ‘en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes de la Nación, la presente Constitución, las leyes dictadas en su consecuencia y los tratados interjurisdiccionales en los que la Ciudad sea parte’. (...) La solución que propicio —que no hace sino aplicación directa de las reglas que el art. 14 de la CCBA fija al amparo— no importa modificar la posición que respecto de este proceso constitucional he asumido en otras causas (v. gr. ‘Gottschau, Evelyn Patrizia c/Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo s/recurso de queja’, expte. n° 361/00, resolución de 20/6/2000, en *CyJ, Fallos TSJBA*, II-2000, pp. 154 y ss.; ‘Sandez, Carlos Armando c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo s/recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad’, expte. n° 482/00, resolución de 29/11/2000, en *CyJ, Fallos TSJBA*, II-2000, pp. 417 y ss.; ‘Vera, Miguel Ángel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo s/recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad’, expte. n° 843/01, resolución de 4/5/2001, en *CyJ, Fallos TSJBA*, III-2001, pp. 200 y ss.; ‘Araldi, Liliana A. c/Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad Legislatura’, expte. n° 872/00, resolución de 10/8/2001, en *CyJ, Fallos TSJBA*, III-2001, pp. 468 y ss.).

Tampoco les impide a los amparistas promover, frente a nuevas situaciones que eventualmente afecten las prestaciones previstas en los programas asistenciales que los benefician —situaciones que por el momento son exclusivamente conjeturales— los procesos judiciales que estimen pertinentes”.

4. El dec. 97/05 (de 28/1/2005, *BOCBA* n° 2119), dictado con posterioridad a la sentencia de la Cámara de fecha 28/4/2004 (obstante a fs. 644/646 vta., autos principales), tampoco tiene aptitud suficiente para modificar las consideraciones que efectuó en los apartados precedentes.

5. Por las razones señaladas voto por rechazar la queja de fs. 2/22 vta.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Básicamente, el voto de la señora jueza de trámite reitera —de manera personal— los argumentos originariamente receptados por este Tribunal en “Jasmín, José Alberto y otros c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA] s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (expte. n° 2282/03, resolución del 1/10/2003) y, recientemente, en “Vidal, Sonia Miriam y otros c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA] s/recurso de inconstitucionalidad concedido”

(expte n° 3274/04, sentencia del 13/4/2005), razón por la cual coincido con la solución propuesta por la señora jueza preopinante.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Adhiero a la solución propiciada por mi colega, la doctora Alicia E. C. Ruiz, en cuanto decide rechazar la queja interpuesta.

La presente causa es sustancialmente análoga a las resueltas por este Tribunal en los autos: “Jasmín, José Alberto y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 2282/03, sentencia del 1°/10/2003, “Vidal, Sonia Miriam y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 3274/04, sentencia del 13/4/2005 y “Toledo, Julio César s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Márquez, Rodolfo Raúl c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)”, expte n° 3841/05, sentencia del 10/8/2005. En homenaje a la brevedad, me remito a los fundamentos desarrollados en los precedentes mencionados.

En tales condiciones, corresponde rechazar la presente queja.

Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. El caso aquí planteado es análogo al resuelto por este Tribunal *in re* “Jasmín, José Alberto y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 2282/03, resolución de 1/10/2003. Ya en aquella oportunidad, este Tribunal estimó que la cuestión se había tornado abstracta. Más precisamente, dijo que “...el art. 26 del citado decreto [el 895/02] no ha derogado la prestación ‘Pago de hotel por 15 días’ prevista en el ‘Programa para las familias sin techo’, que está incluido en el ‘Programa integrador para personas y grupos familiares que carecen de vivienda y permanecen en la calle’, que como Anexo I aprobó el dec. 607/97. El art. 26 del dec. 895/02 sólo dispuso *la pérdida de vigencia del plazo de quince días por el que se brindaba la prestación*. La interpretación sistemática del decreto permite fundar esta afirmación, pues el art. 19 establece que ‘aquellos beneficiarios de los programas preexistentes que se encuentren alojados en hoteles, podrán optar por permanecer en la actual situación o acogerse al régimen establecido por el presente decreto’. La referencia a ‘la actual situación’ hace alusión a la situación fáctica y normativa, es decir a su alojamiento conforme al programa prestacional por el que eran asistidos a la fecha del dictado del nuevo decreto. De tal manera, el egreso de esos programas sólo puede disponerse una vez cumplidos los objetivos generales y especiales previstos en tales programas.

Como puede verse, el peligro de desalojo intempestivo que motivó el amparo ha cesado”.

Asimismo, sostuvo en ese fallo que “[n]inguna de las consecuencias accesorias que plantea la demanda, a raíz de lo dispuesto por las normas indicadas, requiere mayores precisiones de una sentencia judicial. La forma en que las autoridades de aplicación ejecuten los programas bajo análisis, las dificultades que en su curso se presenten y los posibles planteos que al respecto puedan formular los interesados exceden el ámbito del amparo por revestir el carácter de presunciones o meras hipótesis sin virtualidad para configurar el daño actual o inminente que subsana o previene el amparo ante supuestas situaciones de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta”.

2. Toda vez que este Tribunal ya se ha expedido en el sentido descripto, y la quejosa no ha esbozado nuevos argumentos que conmuevan el criterio sentado, la cuestión planteada puede ser considerada como insustancial pues está ya resuelta en el citado precedente (conf. art. 30 ley 402)

3. Finalmente, cualquiera sea la razón que asista a la quejosa acerca del impacto que los decs. 1234/04 y 97/05 tengan sobre sus derechos —invocados en el recurso de queja (fs. 2/22 vta.)—, lo cierto es que las argumentaciones que en ellos apoya, no constituyen una impugnación dirigida contra la sentencia que se pretende revertir, sino cuestionamientos que ya no puede añadir a un proceso agotado.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el fiscal general adjunto y por el asesor general tutelar, corresponde rechazar la queja.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto y por el Señor asesor general tutelar,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Rechazar* el recurso de queja interpuesto por la Sra. María Ortencia Córdoba (fs. 2/22 vta.).

2°. *Mandar* que se registre, se notifique, se ponga en conocimiento del señor fiscal general y del señor asesor general tutelar, se agregue este expediente al principal y ambos se remitan a la Sala que intervino en el proceso.

La jueza Ana María Conde no suscribe la resolución por estar en uso de licencia.

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

XCIV

“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”

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL. INADMISIBILIDAD:

**Admisibilidad. Cuestión federal. Invocación genérica de garantías
constitucionales. Aplicación de normas de derecho local.**

Derecho común. Cuestiones de hecho y de prueba. Arbitrariedad de sentencia

Expte. nº 3351/04 - 17/8/2005

VISTO:

El expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

Plan Óvalo S.A. de Ahorro para Fines Determinados (en adelante: Plan Óvalo) planteó a fs. 711/717, recurso extraordinario federal contra la sentencia de fs. 698/706 que rechazó el recurso ordinario de apelación que ella dedujo contra la sentencia de Cámara. El GCBA al contestar el recurso solicitó que sea rechazado en todas sus partes, con expresa imposición de costas (fs. 719/734).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El recurso extraordinario planteado por Plan Óvalo cumple con los requisitos extrínsecos de tiempo y forma exigidos ritualmente. Sin embargo, él no puede prosperar.

2. La actora sostiene que la cuestión federal estaría dada por “una errónea, equivocada e ilegal interpretación del régimen legal federal que regula la actividad de las *sociedades de ahorro para fines determinados*, dec. ley 142.277/43, ley 11.672 reformada por la ley 23.270 (art. 40), Ley 21.526 de Entidades Financieras, la ley local (Código Fiscal) y subsidiariamente del Código Civil y del idioma castellano” (*sic*, fs. 712, con destacados en el texto transcrito) por lo que el fallo afectaría su derecho de propiedad y “hace devenir el tributo que se pretende aplicar, con su errónea y arbitraria interpretación de su status legal y societario en

relación a una carga tributaria sin respaldo legal, en violación a los arts. 16, 17 19 y conchs. de la C.N.” (idem). Luego menciona que “se ha realizado una ritualista denegatoria de los recursos impetrados” lo que violentaría al art. 18, C.N., y finalmente, invoca la doctrina de la “sentencia arbitraria” tanto por la interpretación del derecho efectuada en la sentencia (fs. 712 vta.) como por “omisión de la consideración de la prueba” que expone a fs. 715 vta./716 vta.).

3. Sin embargo, en la sentencia recurrida, el tribunal trató los agravios formulados por Plan Óvalo contra la decisión de la Cámara que confirmó la determinación de oficio sobre base cierta del impuesto a los ingresos brutos efectuada por la DGR, en relación con la actividad realizada por la sociedad actora. Al hacerlo, el tribunal consideró que la actividad que Plan Óvalo realiza debe entenderse como una modalidad de “intermediación” entre quien pretende adquirir un automotor y quien lo produce (véase puntos 2 y 3 de mi voto, punto 5 del voto del juez Maier, punto 2 del voto del juez Lozano y segundo y tercer párrafos del voto de la jueza Conde). La recurrente, disconforme con tal calificación, postula que ejecuta un “mandato de administración”. Aunque su encasillamiento en una u otra categoría tiene relevancia en la alícuota aplicable y en la base imponible, la mera enunciación de la cuestión debatida demuestra que ella es, por completo, materia ajena al recurso federal intentado, pues debe resolverse mediante la aplicación de reglas de derecho común y local a las circunstancias comprobadas de la causa.

La sentencia recurrida no aplica, interpreta o menciona (siquiera) “el régimen legal federal que regula la actividad de las sociedades de ahorro para fines determinados, dec. ley 142.277/43, ley 11.672 reformada por la ley 23.270 (art. 40), Ley 21.526 de Entidades Financieras” como se expresa en el recurso (fs. 712), pues los jueces no consideraron necesario indagar si la actividad era o no financiera, ni valorar la prueba rendida que apuntaba a refutar esa circunstancia. Lo resuelto por este estrado en la sentencia recurrida, expresamente, dejó de lado esa cuestión (punto 4 de mi voto, punto 4 del voto del juez Lozano y párrafo cuarto del voto de la jueza Conde).

4. En verdad, más allá de las imprecisas alusiones a la denominación de ciertos derechos y garantías constitucionales, la parte recurrente pretende la revisión de cuestiones fácticas y de derecho infraconstitucional, por su disconformidad con la sentencia, a la que califica de arbitraria.

Al respecto, cabe destacar que la admisibilidad del recurso por arbitrariedad, como lo tiene dicho el más Alto Tribunal federal, es estricta: “La doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en

un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados (...), sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N.” (*Fallos*, 312:246; 389, 608, 1839, entre otros).

5. En cuanto a la “ritualista denegatoria de los recursos impetrados” que invoca la parte, cabe señalar que, como se advierte de su sola lectura, la sentencia ha dado fundamentos suficientes para justificar su decisión. Corresponde, entonces, aplicar la reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia en cuanto sostiene que las decisiones que 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 en la instancia extraordinaria (conf. *Fallos*, 299:268; 302:1039; 307:819; 311:101, entre muchos otros).

6. Como surge de los puntos precedentes, en el caso no se debate ninguna cuestión de índole federal que habilite la intervención del Corte Suprema de Justicia. Por tal razón, voto porque se deniegue el recurso interpuesto.

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, párr. 1º, CPCCN).

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso extraordinario federal de fs. 711/171 fue interpuesto en tiempo y forma. Sin embargo, el mismo no puede prosperar.

2. La decisión atacada a través de la vía extraordinaria intentada, sólo propició una hermenéutica posible acerca de ciertas reglas tributarias locales y, en función de las mismas, subsumió la actividad desplegada por la recurrente bajo la alícuota del 4,9 %, prevista para la actividad de intermediación. Durante la tramitación del pleito, no se debatió la interpretación de ninguna disposición constitucional ni ley cuyo desconocimiento autorice la intervención de la Corte Suprema, en su rol de custodio final del derecho federal. En ese sentido el recurso carece de fundamentación suficiente, pues la recurrente remite a normas constitucionales presuntamente afectadas (arts. 16, 17, 18, 19 y concs., C.N.), pero no las vincula argumentativamente con la cuestión debatida ni controvierte los fundamentos de la sentencia del tribunal sobre esa base.

En consecuencia, la cuestión que se ventila en estos autos remite al análisis de problemas de hecho y derecho público local que, por su natura-

leza, son ajenos al remedio previsto en el art. 14 de la ley 48. Resultando aplicable la jurisprudencia de la Corte Suprema que afirma 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).

3. El carácter no federal de la legislación aplicada en esta causa, sin éxito, intenta ser suplida por Plan Óvalo S.A. mediante la invocación de la doctrina de la arbitrariedad. “Sin embargo, la admisibilidad del recurso extraordinario por esta causal, establecida por la Corte Suprema a partir de *Fallos*, 184:137, es estricta pues atiende a cubrir casos de carácter excepcional (*Fallos*, 312:246, 389, 608, entre otros) y no tiene por objeto corregir fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende sólo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema cuando, a causa de ellos, esos fallos quedan descalificados como actos judiciales válidos (*Fallos*, 294:376). Ello por cuanto ‘[l]a doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados (...), sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la ‘sentencia fundada en ley’ a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N.’ (*Fallos*, 312:246, 389, 608, 1839, entre otros)” (conf. apart. 3 de mi voto en “*Compañía Meca S.A. c/DGR [resol. 429-DGR/00] s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR s/recurso de inconstitucionalidad concedido*”, expte. 2630, y sus acumulados: “*GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado*, en: ‘*Compañía Meca S.A. c/DGR [resol. 429-DGR/00] s/recurso apel. jud. c/decisiones de DGR [art. 114, C.F.]*’, expte. n° 2538/03, y “*Compañía Meca S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado*, en: ‘*Compañía Meca S.A. c/DGR [resol. 429-DGR/00] s/recurso apel. jud. c/decisiones de DGR [art. 114, C.F.]*’, expte. n° 2585/03, resolución de 3/11/2004).

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez José O. Casás.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

I. No obstante haber cumplido la recurrente con los requisitos extrínsecos de tiempo y forma exigidos ritualmente, el recurso extraordinario federal deducido no puede prosperar.

2. Los problemas centrales que se discutieron en el recurso ordinario de apelación, cuyo rechazo motiva este nuevo planteo, fueron los siguientes: *a)* el doble cuestionamiento, por parte de Plan Óvalo, de la calificación de su actividad como “de intermediación” y “financiera”; *b)* la interpretación por la Cámara del principio de la realidad económica y su aplicación al caso; y *c)* la supuesta omisión en que incurrió la alzada en lo que respecta a la ponderación de la prueba informativa y pericial producida.

En cuanto a la caracterización de la actividad llevada a cabo por la recurrente, el tribunal se pronunció conceptualmente en la sentencia criticada, en concordancia con aquello decidido en el precedente “Círculo de Inversores S.A. de Ahorro para Fines Determinados s/recurso de apelación ordinario, en: ‘Círculo de Inversores S.A. de Ahorro para Fines Determinados c/GCBA —DGR— resol. 3087-DGR/00 s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR’, expte. n° 1150/01, sentencia del 13/2/2002. Así, en la segunda oportunidad en que examinó el mismo planteo, el TSJ concluyó que dicha operatoria resultaba inequívocamente subsumible en la noción de “intermediación (financiera)” (conf. punto 2 del voto del juez Casás, punto 2 del voto del juez Lozano, párrafos segundo y cuarto del voto de la jueza Conde y puntos 2, 3 y 4 de 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. n° 3351/04, resolución del 4/5/2005).

En mi voto, consideré necesario, frente a ciertos argumentos de la recurrente, extremar algunas precisiones en torno a esta última idea —eje de la controversia—y admitir que la intermediación puede exhibir un grado de complejidad mayor o menor, de acuerdo con los rasgos de la actividad de que se trate. Sin embargo, esa variable dificultad (por caso, como es pertinente aquí, una que el intérprete puede plausiblemente admitir como mayor) no despoja a tal actividad de su *expresión constitutiva en tanto modalidad de intermediación*, para sostener lo cual no me baso en un concepto técnico-tributario, sino en el significado corriente de la palabra (conf. voto del juez Casás en “Plan Óvalo” [recurso de apelación], punto 2 *in fine*, citado *supra*). Dicho carácter, concluía yo entonces, no debe confundirse con el de “prestación de servicios” (según la pretensión de la recurrente) para, de tal manera, “someter ilegítimamente a la tasa general del gravamen (3 %) las cantidades a ingresar en concepto de impuesto sobre los ingresos brutos, sino que corresponde la referencia a la especial del 4,9 %” (consid. 5).

Respecto del cuestionamiento por parte de Plan Óvalo de la calificación de su actividad como “financiera”, como lo expresa en su ilustrado voto en “Plan Óvalo s/recurso de apelación”, ya citado, el señor juez de

trámite, esta objeción se torna irrelevante, puesto que “la alícuota gravada y base reducida se aplican, según el C.F. a *toda actividad de intermediación que se ejerza percibiendo comisiones, bonificaciones, porcentajes u otras retribuciones análogas tales como consignaciones, intermediación en la compraventa, de bienes muebles en forma pública o privada ... [...]*; enunciación en la que se subsume el hecho imponible debatido en este proceso” (punto 4, énfasis en el original).

Con respecto a la interpretación por la Cámara del principio de la realidad económica y su aplicación al caso, identificada *supra* como la segunda cuestión central en la enunciación de agravios en el recurso de apelación, consideré que la referencia decididamente tangencial de uno de los camaristas a dicho criterio hermenéutico no resultaba imprescindible para resolver la controversia—independientemente de su valor heurístico como método de interpretación, el que fue analizado críticamente en nuestra sentencia resolutoria del recurso de apelación.

Finalmente, el tribunal no reputó necesario examinar el agravio relativo a la presunta omisión en la ponderación de la prueba producida, dado que sólo era funcional a la primera cuestión tratada; esto es, procuraba, desde otro ángulo, desnaturalizar la caracterización de la actividad de Plan Óvalo S.A. como de “intermediación (financiera)”, según el criterio de la Cámara y de este Tribunal, cuestión que ya había sido resuelta por lo expuesto al evaluar el primer agravio.

3. En el escrito de interposición del recurso extraordinario federal, las circunstancias de las que se agravia Plan Óvalo a fs. 714/714 vta. y 715 vta./717 replican la primera y tercera del recurso ordinario, expuestas brevemente en el punto anterior. No obstante la iteración y énfasis en la enunciación de estos agravios, como puede advertirse a partir de la recurrencia con que se plantea y vuelve sobre la cuestión, o aspectos diversos de la cuestión fundamental sobre la que hasta aquí versa el caso, el pronunciamiento que Plan Óvalo pretende de la Corte federal exigiría que la Corte Suprema de Justicia reinterpretara normas de derecho local y cuestiones puramente fácticas, revisara los elementos probatorios cuyo examen—se alega—ha sido omitido ilegítimamente y, por último, ponderara si el pronunciamiento del tribunal ha incurrido, al igual que se invocó respecto del de la Cámara, en arbitrariedad o no. En otras palabras, se pretende que la Corte sustituya a los jueces de grado en la valoración del derecho local, carácter éste que excluiría a las cuestiones planteadas, por regla, del recurso federal, y *este caso no es una excepción*.

Esta conclusión no se conmueve cuando la recurrente afirma: “La *tercera cuestión* que agravia [énfasis en el original], radica en que el obje-

to social y la operatoria de Plan Óvalo S.A., fue pergeñado por la autoridad de control, cual es el propio estado en la institución de la IGJ” (fs. 714 vta.) [...]. “Por ello, tanto exceden la Dirección de Rentas apelada, como la Excma. Cámara y el Superior tribunal en sus fallos, cuando en una infundada e inequitativa interpretación de la realidad jurídica, pretenden *cambiar la figura del mandato* de administración, cuyo contrato tipo fue legalmente creado y para ser controlado por la IGJ, por las figuras jurídicas de la *gestión de negocios ajenos y antes el mutuo*” (fs. 715, destacado en el original). En el entendimiento de Plan Óvalo, esta adscripción de caracteres, que *no son* aquellos que capturan genuinamente la naturaleza de su operatoria, resulta en una “... equivocada e ilegal interpretación del régimen legal federal que regula la actividad de las sociedades de ahorro para fines determinados, [...], *Ley de Entidades Financieras* [...], la *ley local* (Código Fiscal; énfasis en el original) y subsidiariamente del Código Civil y *del idioma castellano*” (fs. 712, énfasis suplementado).

Así, disconforme la recurrente con el pronunciamiento del TSJ, ella procura nuevamente encarar la cuestión desde otro ángulo y plantear, esta vez, la necesidad de la categorización de la tarea que despliega como subsumible en un “mandato de administración”, y de ningún modo en una modalidad de intermediación. Como acertadamente lo señala el señor juez de trámite en el punto 3 de su voto, la mera exposición del asunto debatido revela que éste es materia estrictamente ajena al recurso federal intentado puesto que, como en el caso de los agravios examinados *supra*, su resolución depende de la aplicación de normas infraconstitucionales y locales.

Corresponde, entonces, aplicar la reiterada doctrina de la CSJN en cuanto sostiene que las decisiones que 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 en la instancia extraordinaria (conf. *Fallos*, 299:268; 302:1039; 307:819; 311:101, entre muchos otros).

4. Los derechos constitucionales genérica e imprecisamente invocados por la recurrente (arts. 16, 17, 18, 19 y concs. de la C.N., fs. 711 vta. y ss.) no guardan una relación de estricta atinencia con la decisión que impugna (art. 15, ley 48). Al respecto, la Corte Suprema ha establecido que no procede el recurso extraordinario que, fundado en presuntos quebrantamientos a principios y garantías constitucionales, sólo plantea cuestiones de hecho y de derecho común que no guardan relación directa e inmediata con los artículos invocados de la Constitución Nacional (*Fallos*, 300:130).

En atención al 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 resulte indispensable para la decisión de la controversia. En el caso, la recurrente menciona normas constitucionales presuntamente afectadas, pero no las vincula argumentativamente con la cuestión debatida, ni controvierte convincentemente los fundamentos de la sentencia sobre esa base.

5. En cuanto a la denunciada arbitrariedad de la sentencia (fs. 712/712 vta.), cabe destacar que la causal invocada “no cubre las discrepancias del apelante [aquí: el recurrente] con respecto a la inteligencia asignada por la sentencia a problemas regidos por normas de derecho público local extrañas al remedio federal” (*Fallos*, 308:1757) y que esa tacha “no tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende sólo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema en que, a causa de ellos, quedan descalificados como actos judiciales (*Fallos*, 235:654; 244:384; 248:129, 528 y 584 otros)” (*Fallos*, 294:376).

En consecuencia, el recurso, con relación a este agravio, tampoco es admisible.

6. Por último, Plan Óvalo aduce que, al confirmar la decisión de la Cámara, este Tribunal “ha realizado una ritualista denegatoria de los recursos impetrados que se desentiende de las consideraciones de los agravios expuestos” (fs. 712). A este respecto, sólo diré que el intento de Plan Óvalo, orientado a suplir la clara ausencia de cuestión federal en la causa mediante este agravio, no resiste ni merece el menor análisis. El pronunciamiento recurrido, lejos de descartar rápidamente la pretensión de Plan Óvalo mediante una suscripción ligera del juicio de los camaristas en cuanto a la naturaleza de su actividad (de intermediación), profundiza, acaso más allá de lo requerido para la resolución del recurso, en las condiciones bajo las cuales cierta operatoria debe considerarse como “de intermediación”, en la necesidad (o no) —mas, en cualquier caso, debidamente fundada— de examinar la cuestión referida al carácter financiero (o no) de la actividad llevada a cabo por las sociedades de ahorro para fines determinados, en el valor explicativo del llamado “principio de la realidad o significación económicas” y su vigencia como criterio hermenéutico en general, así como en su aplicabilidad al caso, entre las variadas cuestiones —y no listo todas— consideradas y decididas en nuestro pronunciamiento.

7. Como surge de los puntos precedentes, en el caso no se debate ninguna cuestión de índole federal que habilite la intervención de la Corte Suprema de Justicia. Por tal razón, voto porque el recurso interpuesto se declare inadmisibile.

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.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE

1°. *Denegar* el recurso extraordinario federal interpuesto por Plan Óvalo S.A. de ahorro para fines determinados, con costas a la recurrente.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y se devuelva, como está dispuesto a fs. 706, punto 2.

La jueza Ana María Conde no suscribe la resolución por estar en uso de licencia.

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

XCV

“GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE
INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO,
EN: ‘PROCONSUMER ASOC. PROT. CONSUM. MERCADO
COMÚN DEL SUR C/GCBA S/OTROS PROCESOS
INCIDENTALES’, EN: ‘PROCONSUMER ASOC.
PROT. CONSUM. MERCADO COMÚN DEL
SUR C/GCBA S/AMPARO (ART. 14 CCBA)’”

RECURSO DE QUEJA: Desistimiento

Expte. nº 3626/04 - 17/8/2005

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

El GCBA interpuso una queja ante este Tribunal por la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad, oportunamente, planteado contra la sentencia de la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y

Tributario que mantuvo parcialmente la medida cautelar otorgada por la instancia anterior.

Según surge del informe obrante a fs. 73, con fecha 23/2/2005 el juez de primera instancia dirigió un oficio al tribunal para poner en conocimiento que la parte actora desistió de la acción y del derecho en la causa principal. En consecuencia, el juez de trámite ordenó devolver las actuaciones principales a este magistrado para que se expida sobre la cuestión planteada.

Con fecha 27/6/2005, el titular del Juzgado N° 2 informó que en los autos “Proconsumer Asoc. Prot. Consum. Mercado Común del Sur c/GCBA s/amparo” se tuvo a la actora por desistida de la acción y del derecho y que esta decisión sólo fue apelada respecto de la imposición de costas (véase fs. 78). Por tal motivo, el juez de trámite requirió a la recurrente que manifieste si desiste o mantiene la queja (fs. 79).

A fs. 81, la procuradora general de la Ciudad desiste del recurso de queja planteado ante el Tribunal.

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

En atención a la extinción del proceso principal por el desistimiento de la actora (véase informe de fs. 78) y a lo expresamente manifestado por la señora procuradora general, corresponde tener por desistido el recurso de queja interpuesto ante el tribunal.

Los jueces LUIS F. LOZANO, ALICIA E. C. RUIZ y JOSÉ O. CASÁS dijeron:

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

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Tener por desistido el recurso de queja interpuesto a fs. 42/55 vta.*

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

La jueza Ana María Conde no suscribe la resolución por estar en uso de licencia.

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

XCVI

“FERREYRA, HERNÁN S/QUEJA POR RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘FERREYRA,
HERNÁN C/BANCO CIUDAD DE BUENOS AIRES Y OTROS
S/AMPARO (ART. 14, CCBA)”

**RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL. INADMISIBILIDAD: Admisibilidad.
Cuestión federal. Invocación genérica de garantías constitucionales.
Norma de carácter federal. Derecho común. Arbitrariedad de sentencia**

Expte. n° 3669/04 - 24/8/2005

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Hernán Ferreyra con el patrocinio del defensor general de la Ciudad, Dr. Víctor E. Hortel, interpone recurso extraordinario federal (fs. 43/70) contra la sentencia de este Tribunal que obra a fs. 34/39.

2. El recurso fue contestado por la demandada, quien solicitó su rechazo (fs. 74/77).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Pese a haber cumplido con los requisitos extrínsecos de tiempo y forma exigidos ritualmente, el recurso extraordinario federal deducido no es admisible.

2. En mi voto al rechazar el recurso de hecho interpuesto por el actor (véase sentencia de fs. 34/39) señalé que no se había cumplido con la condición que deben expresar las quejas por recursos denegados: el quejoso no criticaba la decisión de la Cámara que rechazó el recurso de inconstitucionalidad. Este criterio fue compartido por mis colegas.

Corresponde aplicar, entonces, la reiterada doctrina de la CSJN en cuanto sostiene que las decisiones por las cuales los tribunales locales declaran la improcedencia de los recursos de orden local que se interponen ante ellos, en principio, no son revisables en la instancia extraordinaria (conf. *Fallos*, 299:268; 302:1040; 307:819; 311:101, entre muchos otros).

3. Por otro lado, el recurso no es procedente porque la cuestión debatida en autos no tiene carácter federal, como lo indico en las párrafos que siguen.

En primer lugar, y como refiriera en la sentencia recurrida, la presente acción de amparo se inició contra el Banco de la Ciudad de Buenos Aires (fs. 1/20 del expediente principal) para que éste cesara de efectuar descuentos por débitos automáticos en la cuenta de caja de ahorro de la cual el actor es titular en dicha institución; dichos débitos se orientaban a cumplir con el pago de las cuotas devengadas para la cancelación de préstamos que, según el relato del propio demandante, éste había acordado con una serie de “entidades”, sin mayor especificación en cuanto a su número o filiación. La segunda pretensión del demandante era lograr la reversión de los débitos automáticos (directos abiertos) efectuados a partir de los treinta días corridos anteriores al 20/10/2003, fecha en la cual el amparista había concretado la presentación de una nota en la entidad bancaria a esos efectos.

Tanto el recurso de inconstitucionalidad como la queja se dirigieron contra la decisión de fs. 147/150 (conf. expediente principal) que hizo lugar parcialmente al recurso de apelación del Banco Ciudad obrante a fs. 121/123 (conf. expediente principal) y, en consecuencia, revocó la sentencia de primera instancia en cuanto admitió la pretensión dirigida a revertir débitos automáticos anteriores al día 20/10/2003.

Por tanto, expresé en mi voto que “en los escritos mediante los cuales son interpuestos los recursos de inconstitucionalidad y de queja (.), no obstante enunciarse en abstracto la afectación al derecho de propiedad del quejoso —fs. 153/159 del expediente principal y 2/22 del expediente de queja—, no se cumple con la exigencia del art. 27, ley 402. El recurrente solamente formuló reproches genéricos a la sentencia recurrida, así como incurrió en la mera mención de disposiciones constitucionales (los arts. 14 y 17, C.N.), sin conectar esos reproches *con las supuestas violaciones constitucionales que menciona*”.

La deficiencia para articular un caso constitucional con apoyo en la lesión al derecho propiedad, no fue planteado adecuadamente ante las instancias anteriores, y ello veda la admisión del recurso por ese agravio.

En segundo lugar, según lo destacara Julio B. J. Maier en las causas “Góngora Martínez, Omar Jorge s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Góngora Martínez, Omar Jorge c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 3264/04, resolución del 4/5/2005, y “Lagomarsino de Fernández, Norma Rosa s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Lagomarsino de Fernández, Norma Rosa c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 3556/04,

resolución del 3/8/2005, debe tenerse en claro que el carácter federal de una norma no depende en forma exclusiva de la autoridad de la cual ella emana sino, también, de la cuestión sobre la que trata. Si bien la Corte Suprema ha admitido el recurso extraordinario en relación con algunas circulares y comunicaciones del Banco Central (*Fallos*, 310:1606; 320:419) “toda vez que se pone en tela de juicio el alcance e interpretación de normas federales” (*Fallos*, 320:1480), en el caso, los aspectos de la controversia reglados por los puntos 1.9.2 y 1.10 de la comunicación A-3336 y por el punto 3.1.8.3 y concordantes de la comunicación A-2559, no se refieren a cuestión alguna de derecho federal, sino a tópicos de derecho común, a saber: la incidencia de una manifestación posterior de voluntad sobre los pagos efectuados a través de débitos automáticos (reversión) y la suspensión o interrupción de los pagos autorizados por ese sistema. Se trata, en verdad, de disposiciones de la autoridad de superintendencia del sistema bancario argentino referidas a cierta forma de uso de las cuentas corrientes bancarias (previstas en los arts. 791 a 797, Cód. de Com.) y de las cajas de ahorro para el pago de impuestos, servicios, saldos de tarjetas de crédito, etcétera.

Es oportuno recordar aquí, que CSJN ha señalado que una norma es federal “siempre que la intención de producirla sea inequívoca y no se apoye en el mero arbitrio del legislador, sino en necesidades reales y fines federales legítimos, impuestos por circunstancias de notoria seriedad” (*Fallos*, 248:781), necesidades y fines que no existen en la regulación de cierta modalidad del “pago”.

4. Finalmente, la arbitrariedad alegada en el punto II.1.iii (fs. 44) intenta introducir la cuestión constitucional por afectación de las garantías del debido proceso y de la defensa en juicio.

Como lo tiene dicho la Corte Suprema: “La doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados (...), sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N.” (*Fallos*, 312:246; 389, 608, 1839, entre otros).

El recurso, en relación con este agravio, también es inadmisibles dado que sólo está sostenido en la discrepancia de la actora con la interpretación efectuada por la mayoría del tribunal en su sentencia.

5. Por todo lo expuesto en los apartados anteriores, voto por declarar inadmisibles el recurso extraordinario federal intentado.

En cuanto a las costas, en tanto el recurrente pudo considerar que por tratarse de comunicaciones emanadas del Banco Central de la República Argentina se encontraba en debate el alcance de una regla de derecho federal, corresponde apartarse del principio objetivo de la derrota e imponerlas por el orden causado (art. 68, párr. 2º, CPCCN).

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Comparto la solución propiciada por mi colega, la señora jueza de trámite Alicia E. C. Ruiz, en cuanto decide declarar inadmisibile el recurso extraordinario federal interpuesto por la parte actora. Más aún: ya me pronuncié como juez preopinante sobre cuestiones estrictamente análogas a las planteadas en este recurso en “Lagomarsino de Fernández, Norma Rosa s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado” en: “Lagomarsino de Fernández, Norma Rosa c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA)”, expte. n° 3556/04, resolución del 3/8/2005.

2. En primer término, como lo expresé en la sentencia recurrida, “en los escritos mediante los cuales son interpuestos los recursos de inconstitucionalidad y de queja..., no obstante enunciarse en abstracto la afectación al derecho de propiedad de la quejosa —fs. 18 vta., 135 vta./136 y 157 vta./158 del expediente principal y 15 vta./16 vta. del expediente de queja—, ésta no logra exponer fundamentadamente un caso constitucional, conforme lo establece el art. 27, ley 402. La recurrente solamente formuló reproches genéricos a la sentencia recurrida, así como incurrió en la mera mención de disposiciones constitucionales (los arts. 14 y 17, C.N.), sin conectar esos reproches con las menciones que realiza, de manera de establecer una verdadera causa constitucional”. La deficiencia para articular un caso constitucional sobre la base de la lesión al derecho propiedad, planteado adecuadamente ante las instancias anteriores, veda la admisión del recurso por ese agravio.

3. En segundo orden, debe tenerse en claro que el carácter federal de una norma no depende en forma exclusiva de la autoridad de la cual ella emana sino, también, de la cuestión sobre la que trata. Si bien la Corte Suprema ha admitido el recurso extraordinario en relación con algunas circulares y comunicaciones del Banco Central (*Fallos*, 310:1606; 320:419) “toda vez que se pone en tela de juicio el alcance e interpretación de normas federales” (*Fallos*, 320:1480), en el caso, los aspectos de la controversia reglados por los puntos 1.9.2 y 1.10 de la comunicación A-3336 y por el punto 3.1.8.3 y concordantes de la comunicación A-2559, no se refieren a cuestión alguna de derecho federal, sino a tópicos de derecho común, a saber: la incidencia de una manifestación posterior de voluntad sobre los pagos efectuados a través de débitos automáticos (reversión) y

la suspensión o interrupción de los pagos autorizados por ese sistema. Se trata, en verdad, de disposiciones de la autoridad de superintendencia del sistema bancario argentino referidas a cierta forma de uso de las cuentas corrientes bancarias (previstas en los arts. 791 a 797, Cód. de Com.) y de las cajas de ahorro para el pago de impuestos, servicios, saldos de tarjetas de crédito, etcétera.

Sobre el punto, conviene recordar que la CSJN ha señalado que una norma es federal “siempre que la intención de producirla sea inequívoca y no se apoye en el mero arbitrio del legislador, sino en necesidades reales y fines federales legítimos, impuestos por circunstancias de notoria seriedad” (*Fallos*, 248:781), necesidades y fines que no existen en la regulación de cierta modalidad del “pago”.

4. Finalmente, la arbitrariedad alegada en el punto II.1.iii (fs. 44) pretende, de ese modo, introducir la cuestión constitucional por afectación de las garantías del debido proceso y de la defensa en juicio.

Al respecto, cabe destacar que la admisibilidad del recurso por arbitrariedad, como lo tiene dicho la Corte Suprema, es estricta: “La doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados (...), sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N.” (*Fallos*, 312:246; 389, 608, 1839, entre otros).

El recurso, en relación con este agravio, también es inadmisibles en tanto se sostiene, básicamente, en la discrepancia de la actora con la interpretación efectuada por la mayoría del tribunal en su sentencia.

5. Como surge de los puntos precedentes, en el caso no se debate ninguna cuestión de índole federal que habilite la intervención de la Corte Suprema de Justicia. Por tal razón, voto porque el recurso se declare inadmisibles.

En cuanto a las costas, en tanto el recurrente pudo considerar que por tratarse de comunicaciones emanadas del Banco Central de la República Argentina se encontraba en debate el alcance de una regla de derecho federal, corresponde apartarse del principio objetivo de la derrota e imponerlas por el orden causado (art. 68, párr. 2º, CPCCN).

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Comparto la solución propuesta por la jueza de trámite, Dra. Alicia E. C. Ruiz en cuanto que el recurso debe ser denegado.

Como sostuve al rechazar la queja —sentencia del 26/5/2005—, la Cámara basó su sentencia en consideraciones acerca del contenido del contrato celebrado por las partes al que estimó sujeto a normas de derecho común. Dicho contrato, por lo demás, no fue tachado de nulo. La solución del *a quo* se basa, pues, en cuestiones no federales que privan a lo resuelto de relación directa con las circulares del Banco Central que cita la actora.

No encuentro razones para apartarme de la regla general según la cual las costas deben pesar sobre la vencida.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Adhiero a la solución propiciada por mi colega, la doctora Alicia E. C. Ruiz, en cuanto decide declarar inadmisibile el recurso extraordinario federal interpuesto por la parte actora.

Tal como lo destacan mis colegas, corresponde reiterar en el caso los argumentos vertidos por el tribunal en causas análogas a la presente [conf. “Góngora Martínez, Omar Jorge s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Góngora Martínez, Omar Jorge c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 3264/04, resolución del 4/5/2005 y “Lagomarsino de Fernández, Norma Rosa s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Lagomarsino de Fernández, Norma Rosa c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 3556/04, resolución del 3/8/2005].

2. En el presente caso, los recurrentes efectúan una invocación genérica de derechos constitucionales supuestamente vulnerados. Esta enumeración de derechos no es luego desarrollada ni relacionada con la cuestión debatida en la causa, de manera que permita sustentar un verdadero caso federal. En tal sentido, el agravio federal no ha sido desarrollado de manera eficiente [conf. este Tribunal *in re* “Ardaiz, Juan José y otro s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Juan José Ardaiz y otro c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’”, expte. n° 1605/02, resolución del 25/09/2002, en *CyJ, Fallos TSJBA*, IV-2002, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, pp. 406 y ss., entre muchos otros].

La alegación de principios y derechos constitucionales que realiza la recurrente resulta una simple enunciación de las normas de la C.N. (arts. 14 y 17) y de la CCBA (arts. 10 y 12, inc. 5°) vinculadas al derecho de propiedad. En efecto, la actora no logra demostrar de qué manera la cancelación de las deudas previamente asumidas por la recurrente —mediante los débitos automáticos efectuados por el Banco— opera en detrimento de su patrimonio.

La recurrente, ahora, al interponer el recurso extraordinario federal, se limita a manifestar nuevamente su desacuerdo con los fundamentos

desarrollados por el *a quo* en la sentencia de fs. 147/150 de los autos principales. En definitiva, no rebate de manera completa y razonada los argumentos que sustentan la decisión apelada. Así, no logra demostrar que exista relación directa e inmediata entre la cuestión materia de este litigio y el derecho constitucional invocado, relación que constituye uno de los requisitos exigidos por el art. 15 de la ley 48 para la procedencia del remedio federal.

3. El recurso incoado, asimismo, expresa de manera genérica que en las presentes actuaciones “se encuentra controvertida la inteligencia que corresponde asignar a normas de carácter federal, v. gr. las comunicaciones del Banco Central de la República Argentina A-2559 y A-3336” (fs. 43 vta.).

Sin embargo, como se sostuvo en los precedentes ya mencionados en el punto 1 de este voto, el carácter federal de una norma no depende en forma exclusiva de la autoridad de la cual ella emana sino, también, de la cuestión sobre la que trata.

En el caso, las normas invocadas de la comunicación A-3336 (puntos 1.9.2 y 1.10) y de la comunicación A-2559 (punto 3.1.8.3 y concordantes) resultan ser disposiciones de derecho común —que, en lo que aquí interesa, regulan la modalidad de pago por débito automático (y la posibilidad de reversión de ese débito)—. En este sentido, resulta aplicable en la especie la reiterada jurisprudencia del tribunal cimero que ha establecido que tienen carácter de normas de derecho común: los códigos de fondo que ha sancionado el Congreso con arreglo a las previsiones del art. 75, inc. 12 de la C.N. —que legislan de manera general y estable respecto a todo el territorio de la República—, las leyes que se declaren incorporadas a esos códigos, así como las que, no mediando tal declaración, los integran, modifican o amplían (*Fallos*, 188:8; 250:236, entre otros), conclusiones extensibles a reglas de inferior rango que actúen en dicho ámbito.

4. Por otro lado, en punto a la alegada arbitrariedad de la decisión que rechazó el recurso de queja, me remito a los desarrollos expuestos por la señora jueza de trámite en el punto 4 de su voto.

En suma, la recurrente no provee andamiaje suficiente para sostener el recurso intentado. La mera invocación de las disposiciones constitucionales que garantizan el derecho de propiedad y de las citadas normas emitidas por el BCRA no resulta idónea para lograr demostrar nítidamente que, en el caso, exista una cuestión federal por encontrarse controvertida la inteligencia de disposiciones de tal carácter que guarden relación directa con lo decidido.

Costas por su orden, en virtud de las razones expresadas por la doctora Alicia E. C. Ruiz en su voto.

Así lo voto.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Denegar* el recurso extraordinario federal interpuesto e imponer las costas por el orden causado.

2. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se cumpla con lo dispuesto a fs. 39, punto 2, última disposición.

La jueza Ana María Conde no suscribe la resolución por estar en uso de licencia.

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